

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**FUENTES DOCTRINARIAS DE LA RESPONSABILIDAD
RESTRINGIDA; DESARROLLO LEGISLATIVO Y
CONSTITUCIONALIDAD DE SU RESTRICCIÓN POR EL
DECRETO LEGISLATIVO N° 1181**

TESIS

**PRESENTADO POR:
ELMER CHAVEZ LAQUISE**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADO**

**PROMOCIÓN 2016-II
PUNO – PERÚ
2017**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**FUENTES DOCTRINARIAS DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA;
DESARROLLO LEGISLATIVO Y CONSTITUCIONALIDAD DE SU
RESTRICCIÓN POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1181**

TESIS PRESENTADO POR:

ELMER CHAVEZ LAQUISE

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO



APROBADO POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE

:

.....

DR. WALTER GALVEZ CONDORI

PRIMER MIEMBRO

:

.....

M.SC. WALTER CATACORA MAMANI

SEGUNDO MIEMBRO

:

.....

D.SC. ROLANDO SUCARI CRUZ

DIRECTOR

:

.....

Abog. SERGIO VALERIO SERRUTO-BARRIGA

ÁREA: Derecho Público

LÍNEA: Derecho Penal

TEMA: Responsabilidad restringida

FECHA DE SUSTENTACIÓN 28 DE SETIEMBRE DEL 2017.

DEDICATORIA

A Dios, a mis queridos padres: **Melchora y Simón Fidel**, y a mi hermana **Miriam Brigyth**, por incontables motivos y por haber logrado encaminarme por el buen camino, además por ser mi punto de apoyo en mi formación profesional y personal, acompañándome en los momentos más difíciles y en mis triunfos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Nacional del Altiplano -
Escuela Profesional de Derecho, a los docentes,
por sus conocimientos impartidos desde el inicio
de mis estudios superiores, lo que ha permitido
enriquecer mis saberes y principios imperecederos
en el recorrer de mi vida académica.

A mis padres que con su esfuerzo me brindaron y
brindan su apoyo incondicional en el proceso de la
redacción de la presente tesis.

INDICE GENERAL

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO.....	4
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
I. INTRODUCCIÓN	11
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
1.2.1. PROBLEMA GENERAL	15
1.2.2. PROBLEMAS ESPECIFICOS	15
1.3. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN.....	16
1.3.1. HIPÓTESIS GENERAL.....	16
1.3.2. HIPÓTESIS ESPECIFICA	16
1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.....	17
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
1.5.1. OBJETIVO GENERAL.....	18
1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	18
II. REVISIÓN DE LITERATURA	19
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION:.....	19
2.2. MARCO TEORICO:.....	19
2.2.1. LA PENA:	19
2.2.2. SISTEMA DE PENAS.....	20
2.2.3. LA TEORÍA DE LA PENA	24
2.2.4. DETERMINACION DE LA PENA	27
2.2.5. CIRCUNSTANCIAS PRIVILEGIADAS DE DETERMINACION DE LA PENA	31
2.2.6. LA ATENUACIÓN DE LA PENA	32
2.2.7. RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA.....	33
2.2.8. DECRETO LEGISLATIVO 1181	35
2.2.9. FUENTES DOCTRINARIAS	36
2.2.10. JURISPRUDENCIA.....	40
2.2.11. EL TEST DE CONSTITUCIONALIDAD	44
2.2.12. FORMACIÓN DE LA LEY	45
2.3. MARCO CONCEPTUAL	49
2.3.1. PENA	49
2.3.2. RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR LA EDAD	49
2,3.3. ATENUACIÓN.....	50

2,3.4. PRINCIPIO DE IGUALDAD	51
2.3.5. LA INCONSTITUCIONALIDAD	51
III. METODOLOGIA	52
3.1. TIPO DE INVESTIGACION:	52
3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:	52
3.3. POBLACION Y MUESTRA DE INVESTIGACION	53
3.2.1.- POBLACION.....	53
3.2.2. MUESTRA.....	53
3.4. OBJETO DE INVESTIGACIÓN:	53
3.5. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS:.....	54
3.6. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN:	55
3.7. DISEÑO DE TRATAMIENTO PARA LA PRUEBA DE HIPOTESIS... 55	
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	59
4.1. OBJETIVO ESPECIFICO I: ANALIZAR CÓMO ESTÁ REGULADA LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA Y DE QUE FORMA LA APLICAN LOS JUECES EN LA EXPEDICIÓN DE SENTENCIAS	59
4.2. OBJETIVO ESPECIFICO II: IDENTIFICAR CUÁLES SON LAS FUENTES DOCTRINARIAS QUE SUSTENTAN Y SE Oponen A CONSIDERAR LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA COMO ATENUANTE PRIVILEGIADA. 71	
4.3. OBJETIVO ESPECIFICO III: DETERMINAR LA RESTRICCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA COMO ATENUANTE PRIVILEGIADA ESTABLECIDA EN EL D. LEGISLATIVO 1181 Y SU VULNERACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES.....	87
4.4. CONTRASTACION DE LOS OBJETIVOS DE INVESTIGACION.....	110
V. CONCLUSIONES	113
VI. RECOMENDACIONES.....	115
VII. REFERENCIAS.....	116
ANEXO.....	119

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1. SENTENCIAS EXPEDIDAS DE LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN-JULIACA RESPECTO A LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA.....	59
TABLA 2. SENTENCIAS EXPEDIDAS SEGÚN DELITOS EN LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN - JULIACA RESPECTO A LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA	60
TABLA 3. SENTENCIAS EXPEDIDAS DE LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN-JULIACA, RESPECTO A LA INAPLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 22º SEGUNDO PÁRRAFO	62
TABLA 4. CRITERIOS GENERALES A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS DE LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN – JULIACA, RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA.....	64
TABLA 5. CRITERIOS A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL OBSERVADOS EN LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN – JULIACA, RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA.....	67
TABLA 6. CRITERIOS NORMATIVOS A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN – JULIACA, RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA.....	69

INDICE DE FIGURAS

FIGURA 1 RESPECTO A LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS SEGÚN DELITOS	61
FIGURA 2 RESPECTO A LA INAPLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 22º SEGUNDO PÁRRAFO	63
FIGURA 3. RESPECTO A CRITERIOS GENERALES A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS DE LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL	65
FIGURA 4. RESPECTO A LOS CRITERIOS A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL.....	68
FIGURA 5. RESPECTO A LOS CRITERIOS NORMATIVOS A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN – JULIACA	70

RESUMEN

La presente investigación pretende abordar la problemática en cuanto a la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida. Es así que mediante la presente investigación se aborda el desarrollo legislativo respecto a la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y acomete definir e identificar las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerarlo como atenuante privilegiada, considerando que su restricción vulnera normas constitucionales. El diseño de investigación utilizado en la presente investigación es de tipo Mixto, pues cuenta con unidades cualitativas y cuantitativas, desarrollado con un enfoque de investigación jurídico-social, pues pretende tener un efecto de modificación, específicamente en la responsabilidad restringida por la edad, desarrollado en el artículo 22 del Código Penal y la modificatoria del D. Legislativo N° 1181, considerando que no podemos obviar un aspecto que ha influido en el derecho penal, conocido como las circunstancias atenuantes de orden sustantivo, referido a la calidad del agente, respecto a la responsabilidad restringida, en virtud del cual se pone en cuestión el Principio Constitucional de Igualdad, en lo que respecta a la modalidad del delito y a las circunstancias del hecho punible, así como a las condiciones personales (edad) de los acusados. Es menester precisar los objetivos que direccionaron la investigación, tenemos como objetivo general: Analizar cuál es el desarrollo legislativo de la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y cuáles son las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerarlo como atenuante privilegiada y la restricción de esta vulnera normas constitucionales, en la aplicación de los jueces en la expedición de sentencias e Identificar cómo debe ser una fórmula legal que supere las dificultades que genera la aplicación del D. Legislativo 1181; como objetivos específicos: a) Analizar cómo está regulada la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y de que forma la aplican los jueces en la expedición de sentencias. b) Identificar cuáles son las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerar la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada. c) Determinar la restricción de la aplicación de la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada establecida en el D. Legislativo 1181, e Identificar cómo debe ser una fórmula legal que supere las dificultades que genera la aplicación del D. Legislativo 1181 y la vulneración de normas constitucionales.

Palabras claves (Keywords):

Responsabilidad Restringida, atenuación privilegiada, principio de igualdad, inconstitucionalidad, Pena.

ABSTRACT

The present investigation tries to approach the problematic as far as the regulation of the attenuation of the pain by restricted responsibility. Thus, the present investigation addresses the legislative development regarding the regulation of the mitigation of the penalty for restricted responsibility and undertakes to define and identify the doctrinal sources that support and oppose considering it as a privileged mitigation, considering that its restriction violates norms constitutional. The research design used in the present investigation is of the Mixed type, since it has qualitative and quantitative units, developed with a focus on juridical-social research, since it intends to have a modification effect, specifically in the responsibility restricted by age, developed in article 22 of the Penal Code and the modification of Legislative Decree No. 1181, considering that we can not ignore an aspect that has influenced criminal law, known as mitigating circumstances of a substantive order, referred to the quality of the agent, to the restricted responsibility, under which the Constitutional Principle of Equality is questioned, with regard to the type of crime and the circumstances of the punishable act, as well as the personal conditions (age) of the accused. It is necessary to specify the objectives that guided the research, we have as a general objective: Analyze what is the legislative development of the regulation of the mitigation of the penalty for restricted responsibility and what are the doctrinal sources that support and oppose to consider it as a privileged mitigation and the restriction of this violates constitutional norms, in the application of judges in the issuance of sentences and Identify how a legal formula should be that overcomes the difficulties generated by the application of Legislative Decree 1181; as specific objectives: a) Analyze how the mitigation of the penalty for restricted liability is regulated and how the judges apply it in the issuance of sentences. b) Identify the doctrinal sources that sustain and oppose the consideration of restricted liability as a privileged mitigation. c) Determine the restriction of the application of restricted liability as a privileged mitigation established in Legislative Decree 1181, and Identify what a legal formula should be that overcomes the difficulties generated by the application of Legislative Decree 1181 and the violation of constitutional norms

Keywords:

Restricted Responsibility, privileged attenuation, principle of equality, unconstitutionality, Penalty.

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación, titulado: “fuentes doctrinarias de la responsabilidad restringida; desarrollo legislativo y constitucionalidad de su restricción por el Decreto Legislativo N° 1181.”, se aborda el desarrollo legislativo respecto a la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y acomete definir e identificar las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerarlo como atenuante privilegiada, considerando que su restricción vulnera normas constitucionales. El proceso de determinación de la pena es, indudablemente, complejo, se sabe que ella admite dos instancias: la legal y la judicial. La determinación legal se realiza en abstracto, e incide en el tipo de pena y en el marco previsto en el Código Penal para cada delito. La ley también establece circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, esto es, aquellas que tienen por virtud atenuar o agravar las penas fijadas en abstracto para cada hecho punible. (AVALOS, 2015)

Ahora bien existe la figura de la responsabilidad restringida o disminuida la cual establece que la capacidad de auto controlarse de ciertos agentes delictivos, como son el joven, cuya edad oscila entre los 18 a 21 años de edad y el anciano mayor de 65 años, se encuentra disminuida, es decir, al sujeto le puede costar más o menos esfuerzo al comportarse de acuerdo a la norma, debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal, lo que lleva a la disminución de la capacidad de culpabilidad, debido a que deba compensarse su menor capacidad de control. La presencia de dichas restricciones como lo estipula en el D. Legislativo 1181, en nuestro país resultan ser cuestionables desde el ámbito académico del derecho, dado que su contenido en su mayoría no se encuentra dentro del marco constitucional; y, no sólo a nivel doctrinario, sino porque sus efectos sociales suelen ser nocivos, no solo por su falta de eficacia a

corto, mediano y largo plazo, sino también por el sacrificio de principios, como en la presente investigación el sacrificio del principio de igualdad, cuya vulneración no se puede tolerar en un Estado Constitucional de Derecho, ello a partir del análisis de la realidad del fenómeno delictivo en nuestro país. Respecto a lo descrito en los párrafos supra se determina el problema general: ¿Cómo ha sido el desarrollo legislativo de la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y cuáles son las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerarlo como atenuante privilegiada y la restricción de esta vulnera normas constitucionales, en la aplicación de los jueces en la expedición de sentencias y cómo debe ser una fórmula legal que supere las dificultades que genera la aplicación del D. Legislativo 1181?, y los problemas específicos: a) ¿Cómo ha sido el desarrollo legislativo de la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y de que forma la aplican los jueces en la expedición de sentencias?, b) ¿Cuáles son las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerar la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada?, c) ¿La restricción de la aplicación de la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada establecida por el D. Legislativo 1181, y cómo debe ser una fórmula legal que supere las dificultades que genera la aplicación del D. Legislativo 1181 y la vulneración de normas constitucionales?. La importancia de la investigación radica en el aporte que constituirá a nivel académico, de forma que sus resultados puedan orientar y guiar la labor legislativa en nuestro país, a fin de que la producción legislativa, sobretudo en el ámbito del derecho Penal y Procesal Penal, se realice en base a un ejercicio más concienzudo, teórico, técnico y razonado en cuanto a costo-beneficio, analizando desde el ámbito académico y desde teorías como la finalista, coligiendo los efectos de dichas modificatorias; evitando de esta forma que se produzca una vulneración al Principio de Igualdad en el marco Constitucional, cuyo respeto y

vigencia son vitales a fin de Administrar Justicia acorde a las garantías estipuladas en nuestra Constitución.

En ese entender se planteó como objetivo general: Analizar cuál es el desarrollo legislativo de la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y cuáles son las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerarlo como atenuante privilegiada y la restricción de esta vulnera normas constitucionales, en la aplicación de los jueces en la expedición de sentencias, e identificar cómo debe ser una fórmula legal que supere las dificultades que genera la aplicación del D. Legislativo 1181 y como objetivos específicos: a) Analizar cómo está regulada la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y de que forma la aplican los jueces en la expedición de sentencias. b) Identificar cuáles son las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerar la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada. c) Determinar la restricción de la aplicación de la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada establecida en el D. Legislativo 1181 e identificar cómo debe ser una fórmula legal que supere las dificultades que genera la aplicación del D. Legislativo 1181 y la vulneración de normas constitucionales

Consecuentemente, se pretende inaplicar, el segundo párrafo del D. Legislativo 1181, por su contenido no útil e inconstitucional, a fin de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad amparado en la Constitución, dado que únicamente de dicha forma se concretizará la actuación constitucional y la adecuada determinación de la pena.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El proceso de determinación de la pena es, indudablemente, complejo, se sabe que ella admite dos instancias: la legal y la judicial. La determinación legal se realiza en abstracto, e incide en el tipo de pena y en el marco previsto en el Código Penal para cada delito. La ley también establece circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, esto es, aquellas que tienen por virtud atenuar o agravar las penas fijadas en abstracto para cada hecho punible.

Estas pueden corresponder a la misma parte especial, la instancia de determinación judicial o de individualización de la pena, por el contrario, no se realiza en abstracto, sino que atiende a las especificidades del caso concreto. Para ello, debe atender a una serie de criterios que el mismo legislador establece, sobre todo, en el artículo 46 del Código Penal.

Ahora bien existe la figura de la responsabilidad restringida o disminuida la cual establece que la capacidad de autocontrolarse de ciertos agentes delictivos, como son el joven cuya edad oscila entre los 18 a 21 años de edad y el anciano mayor de 65 años, se encuentra disminuida, es decir, al sujeto le puede costar más o menos esfuerzo al comportarse de acuerdo a la norma, debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal, lo que lleva a la disminución de la capacidad de culpabilidad, debido a que deba compensarse su menor capacidad de control.

La presencia de dichas restricciones como lo estipula en el D. Legislativo 1181, en nuestro país resultan ser cuestionables desde el ámbito académico del derecho, dado que su contenido en su mayoría no se encuentra dentro del marco constitucional; y, no sólo

a nivel doctrinario, sino porque sus efectos sociales suelen ser nocivos, no solo por su falta de eficacia a corto, mediano y largo plazo, sino también por el sacrificio de principios, como en la presente investigación el sacrificio del principio de igualdad, cuya vulneración no se puede tolerar en un Estado democrático de derecho como pretende serlo nuestro país, ello a partir del análisis de la realidad del fenómeno delictivo en nuestro país.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿Cómo ha sido el desarrollo legislativo de la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y cuáles son las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerarlo como atenuante privilegiada y la restricción de esta vulnera normas constitucionales en la aplicación de sentencias expedidas por los jueces, y cómo debe ser la fórmula legal que supere las dificultades que genera la aplicación del D. Legislativo 1181?,

1.2.2. PROBLEMAS ESPECIFICOS

- a) ¿Cómo ha sido el desarrollo legislativo de la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y de que forma la aplican los jueces en la expedición de sentencias?
- b) ¿Cuáles son las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerar la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada?,
- c) ¿La restricción de la aplicación de la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada vulnera normas constitucionales; y cómo debe ser la fórmula legal que supere las dificultades que genera la aplicación del D. Legislativo 1181?

1.3. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

1.3.1. HIPÓTESIS GENERAL

El desarrollo legislativo en la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida, ha sido legislada en forma regresiva y aplicada por los jueces en forma legalista, al respecto las fuentes doctrinarias que están a favor de considerar la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada, son las teorías finalistas y las que se oponen son las del populismo penal, no obstante a partir de un test de constitucionalidad, es posible determinar que la restricción de la aplicación de la responsabilidad restringida establecida por el D. Ley 1181 como atenuante privilegiada vulnera normas constitucionales, es por ello que es imprescindible la modificatoria de dicha norma.

1.3.2. HIPÓTESIS ESPECIFICA

- a) La atenuación de la pena por responsabilidad ha sido legislada en forma regresiva en perjuicio de su aplicación y los jueces la aplican de manera legalista sin mayor interpretación.
- b) Las fuentes doctrinarias que están a favor de considerar la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada, son las teorías finalistas referidas a la capacidad de culpabilidad y las que se oponen están relacionadas al populismo penal.
- c) A partir de un test de constitucionalidad, es posible determinar que la restricción de la aplicación de la responsabilidad restringida establecida por el D. Legislativo N° 1181 como atenuante privilegiada vulnera normas constitucionales; por tanto es viable la modificatoria de dicha norma.

1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La importancia de la presente investigación radica en analizar cuál es el desarrollo legislativo de la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y cuáles son las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerarlo como atenuante privilegiada y la restricción de esta vulnera normas constitucionales, en la aplicación de los Jueces en la expedición de sentencias.

Radicando la importancia del presente trabajo de investigación en el aporte que constituirá a nivel académico, de forma que sus resultados puedan orientar y guiar la labor legislativa en nuestro país, a fin de que la producción legislativa, sobretodo en el ámbito del derecho Penal y procesal Penal, se realice en base a un ejercicio más concienzudo, teórico, técnico y razonado en cuanto a costo-beneficio, analizando desde el ámbito académico y desde teorías como la finalista, coligiendo los efectos de dichas modificatorias; evitando de esta forma que se produzca una vulneración al Principio de Igualdad en el marco Constitucional, cuyo respeto y vigencia son vitales a fin de Administrar Justicia acorde a las garantías estipuladas en nuestra Constitución.

Consecuentemente, se pretende modificar el D. Legislativo 1181, a fin de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad amparado en la Constitución, dado que únicamente de dicha forma se concretizará la actuación constitucional y la adecuada determinación de la pena.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar cuál es el desarrollo legislativo de la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y cuáles son las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerarlo como atenuante privilegiada y la restricción de esta vulnera normas constitucionales en la aplicación de sentencias expedidas por los jueces, y cómo debe ser la fórmula legal que supere las dificultades que genera la aplicación del D. Legislativo 1181.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Analizar el desarrollo legislativo de la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y de que forma la aplican los jueces en la expedición de sentencias.
- b) Identificar cuáles son las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerar la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada.
- c) Determinar la restricción de la aplicación de la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada vulnera normas constitucionales; y cómo debe ser la fórmula legal que supere las dificultades que genera la aplicación del D. Legislativo 1181.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION:

Previas las indagaciones preliminares sobre los posibles antecedentes investigativos, tanto al interior de las Bibliotecas Central y Especializada de la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UNA-PUNO, UANCV y aun fuera de éstas, no se han encontrado trabajos similares a la presente Investigación, por lo que ésta deviene en inédita en nuestro país. Asimismo, a nivel comparado tampoco no se encontró, trabajos similares, que nos sirviese de base.

Ahora bien de acuerdo a la búsqueda en los diferentes repositorios de tesis así como cielo, dialnet entre otros no se encontró similares investigaciones que coadyuven al presente trabajo.

2.2. MARCO TEORICO:

2.2.1. LA PENA:

Es la consecuencia jurídica del delito más antigua e importante. Lo primero por su aparición coincide con la aparición del Derecho Penal (las medidas de seguridad aparecen por primera vez en el proyecto de 1893 del texto punitivo Suizo realizado por Stoos.

De su importancia dice también el hecho de constituir un instrumento de control social que comporta injerencias de suma gravedad que va más allá de lo que inicialmente podría indicar su naturaleza jurídica (v.gr. la restricción de los derechos de la persona que acarrea la pena privativa de libertad no se limita a una mera privación de la libertad de desplazamiento, si no se extiende a otros sectores de la vida del sentenciado: debilita

sus relaciones familiares, significa una privación de su fuente de trabajo habitual, acarrea una restricción de su derecho a la libertad sexual, etc.) de la misma manera que lo dice el hecho de haberse constatado que sus efectos negativos reales pueden no terminar con la ejecución de la sanción, sino que se puede prolongar como una sombra hacia la nueva vida del condenado; como ocurre, por ejemplo, cuando se le priva de oportunidades de trabajo por “ haber estado en la cárcel” (AVALOS, 2015).

2.2.2. SISTEMA DE PENAS

El código Penal de 1991, distingue cuatro clases de penas. Habiendo empleado el legislador Nacional como criterio de clasificación del contenido material de las sanciones, esto es, las penas han sido agrupadas según los bienes o derechos que por definición se ven afectados con su imposición.

2.2.2.1. Penas Privativas de libertad:

Se trata de la restricción del derecho a la libertad de desplazamiento de la persona que ha sido encontrada judicialmente responsable de la realización de un comportamiento criminal mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario que es impuesta en calidad de castigo por un órgano jurisdiccional competente en razón de una resolución firme. (AVALOS, 2015).

A. Cadena perpetua:

En palabras de ZIPF, luego de la renuncia a la pena de muerte, en la actualidad es la pena de presidio perpetuo el instrumento más discutido de la política criminal (ZIPF, 1994)

B. Pena Privativa de libertad temporal

De acuerdo al artículo 29 del Código Penal, la pena privativa de libertad temporal tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años. Esta prescripción no es importante en calidad de cláusula que fija los topes dentro de los cuales el legislador ordinario debe ejercer el poder punitivo estatal en el momento de establecer la comunicación legal de las penas privativas de libertad, pues, en tanto se trata de una norma legal ordinaria, no existe el menor problema para que su contenido pueda ser contradicho en algún caso concreto de acuerdo al principio de especialidad o modificado de manera general, por una norma de igual jerarquía. (AVALOS, 2015).

2.2.2.2. Restrictiva de libertad:

La pena restrictiva de libertad es la expulsión del país, tratándose de extranjeros. Se aplica después de cumplida la pena privativa de libertad.

Concordante con el art. 303 del CP, que establece: “el extranjero que haya cumplido la condena impuesta será expulsado del país, quedando prohibido su reingreso”, al respecto el TC ha establecido lo siguiente: “la expulsión de un extranjero (acción de hacer, salir a un no nacional en territorio patrio), procede como consecuencia de un acto subsecuente del cumplimiento de una condena con pena privativa de libertad, impartida por un tribunal Nacional” (EXP. N° 2876, 2015).

2.2.2.3. Penas Limitativas de derecho:

- a) **Prestación de servicios a la comunidad:** Esta pena se define como aquella sanción punitiva, por la cual el condenado es obligado a realizar determinadas actividades en beneficio de la comunidad, es una prestación social, pues mediante ella asume los costos gravosos de su infracción normativa y promueve

su rehabilitación social, de indudables efectos de prevención especial. Se obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares y obras públicas.

Los servidores se harán de acuerdo a las aptitudes del condenado debiendo cumplirse jornadas de 10 horas semanales entre sábados y domingos para no perjudicar su jornada habitual, pero si lo solicita puede ser autorizado para prestarlos los días útiles semanales, computándose la jornada correspondiente, esta pena se extenderá de 10 a 150 jornadas de servicios semanales.

La ley establecerá los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios.

- b) Limitación de días libres:** Consiste en la obligación de establecer los días sábados, domingos y feriados, por un mínimo de 10 y un máximo de 16 horas en total por cada fin de semana en un establecimiento organizado con fines educativos y sin características de un centro carcelario. Esta pena se extenderá de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de limitación semanales.
- c) Inhabilitación:** Esta sanción se encuentra consagrada en el artículo 36 del Código Penal, que ha sido objeto de varias modificaciones, la última de ellas producida por la ley N° 30076, en los siguientes términos
- Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.

- Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
- Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;
- Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;
- Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;
- Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas.
- Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo;
- Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito;
- Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475 (*) Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley N° 30076, publicada el 19/08/2013. por el delito de apología del terrorismo previsto en el inciso 2 del artículo 316 del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el

Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación.

- Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal;
- Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos;
- Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez; o,
- Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios.

2.2.2.4. Pena de multa: La multa es una consecuencia jurídica – criminal del delito de naturaleza pecuniaria, mediante la cual se impone al condenado la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero en favor del Estado.

En una apreciación general, debe asumirse – sin lugar a discusión que la multa posee naturaleza patrimonial, solo que cuando las penas patrimoniales se imponen y deben satisfacerse en dinero nos encontramos ante una subespecie de la misma a la que se denomina sanciones pecuniarias. (GRACIA, 2015)

2.2.3. LA TEORÍA DE LA PENA

2.2.3.1. Las teorías absolutas de la pena: Las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia. Por lo tanto, no se encuentran informadas por criterios de utilidad social. Este punto de partida es asumido por las llamadas teorías retributivas de la pena que la definen como retribución por una

lesión culpable. En su versión subjetivo-idealista, Kant sostiene que la ley penal es un imperativo categórico que impone la razón del sujeto individual sin atender a consideraciones de carácter utilitarista. El carácter estrictamente ideal de esta concepción de la pena se pone de manifiesto en el extendido ejemplo de la isla propuesta por el profesor de Königsberg, en donde llega a afirmar que si la sociedad de una isla decide disolverse, debe ejecutarse hasta el último asesino que se encuentre en prisión. La idea central de esta concepción es que la pena debe ser impuesta por imperativos de la razón, aunque su ejecución no sea necesaria para la convivencia social. En su versión objetiva-idealista, la teoría de la retribución de Hegel entiende que el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser reestablecido ante la negación del delito.(voluntad subjetiva del autor).

Si bien la voluntad del autor, en tanto irracional, no podría afectar la objetividad del Derecho, la única forma de tratar al delincuente como un ser racional es darle a su voluntad subjetiva una pretensión de validez general. Es, en este contexto, en donde puede comprenderse la extendida afirmación de Hegel de que la pena honra al delincuente como un sujeto racional. La imposición de pena al negar la voluntad subjetiva del delincuente, reafirma la racionalidad general del sistema jurídico. Este proceso dialéctico se verificaría con independencia de las consecuencias empíricas que produciría. En la doctrina penal actual existe consenso en cuanto a rechazar las concepciones absolutas de la pena. Salvo algunas reminiscencias de la filosofía idealista como la teoría de la pena defendida por Köhler (KÖHLER, 1986).

La tendencia general está orientada a negar que la pena tenga una función ideal. Hay que precisar que la razón fundamental de este rechazo no es el cuestionamiento que

podiera hacerse a una filosofía de corte idealista. El rechazo a las teorías absolutas de la pena se encuentra, más bien, en la opinión general de que la existencia del Derecho penal depende de la existencia de la sociedad, de manera que resulta imposible imaginar un Derecho penal desligado de su utilidad social. Si bien las teorías de la retribución pueden dar un criterio de referencia para la pena (culpabilidad), presuponen la necesidad de pena, por lo que no se encontrarían en posibilidad de explicar cuándo se tiene que penar. La necesidad de pena sólo podría determinarse atendiendo a los requerimientos del concreto sistema social.

2.2.3.2. Las teorías relativas de la pena: La comprensión del Derecho penal como fenómeno social nos lleva necesariamente a las teorías relativas de la pena, es decir, a aquellas teorías que entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social. El consenso doctrinal llega, sin embargo, sólo hasta este punto, comenzando a romperse cuando se tiene que determinar cuál esta función social. Si bien se suele reducir las teorías relativas a las que procuran fines de prevención, lo cierto es que cabe también otra orientación: las teorías de la reparación o re estabilización.

a) Prevención general: La teoría de la prevención general establece que la función motivatoria del Derecho penal se dirige a todos los ciudadanos. La forma cómo tiene lugar este proceso motivatorio es precisamente lo que diferencia las dos variantes que existen al interior de esta teoría: la prevención general negativa y la prevención general positiva.

b) Prevención especial o individual: La llamada teoría de la prevención especial parte también de la idea del efecto motivatorio de la pena, pero entiende que este

efecto no se dirige a la colectividad, sino al delincuente. En este sentido, no sería una teoría de la norma penal, sino una teoría de la ejecución de la pena. La comprensión de la pena como prevención especial estuvo contenida en el proyecto político-criminal de von Liszt, contando con un amplio desarrollo por parte del positivismo italiano. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena impuesta al delincuente no le produce un efecto intimidante, la teoría de la prevención especial establece que, en estos casos, la pena tendrá que asumir la labor de corregir a este sujeto inintimidable. Si finalmente el sujeto inintimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inoculación, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos.

2.2.4. DETERMINACION DE LA PENA

La ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013 reformo radicalmente el proceso de determinación judicial de la pena en nuestro país a partir de la modificatoria de los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal. (AVALOS, 2015)

Considerando que es el Juez el llamado a precisar la pena sin apartarse de lo que la ley dice al respecto, el legislador ha establecido ciertas reglas que deberán tomar en consideración al momento de fundamentar e imponer la pena. Están contenidos en el artículo 45° del CP (VILA STEIN, 1998).

“Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

- a. *Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.*
- b. *Su cultura y sus costumbres.*
- c. *Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.”*

Los criterios mencionados se complementan necesariamente con las consideraciones precisadas por el Art. 45-A del CP para la individualización de la pena.

“Artículo 45-A. Individualización de la pena

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. *Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.*
2. *Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:*
 - a) *Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.*
 - b) *Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio*

c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;

b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y

c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito."()*

Artículo 46°.- *Circunstancias de atenuación y agravación*

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

a. La carencia de antecedentes penales;

b. El obrar por móviles nobles o altruistas;

c. El obrar en estado de emoción o de temor excusables;

d. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;

e. Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;

f. Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;

g. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;

h. La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

a. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;

b. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;

c. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;

d. Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole;

e. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;

f. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;

g. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito;

h. Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;

i. La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;

j. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;

k. Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;

l. Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;

m. Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

2.2.5. CIRCUNSTANCIAS PRIVILEGIADAS DE DETERMINACION DE LA PENA

Los criterios básicos que orientan la determinación concreta de la pena son de tres órdenes: (VIILA STEIN, 1998)

- i. El criterio de culpabilidad:** Sirve la culpabilidad para fundamentar y limitar la pena. Es un logro garantista pues, mitiga (excluye) criterios de peligrosidad, personalidad o responsabilidad por el carácter.
- ii. El criterio preventivo general:** Es importante la estabilidad de la norma. La contingencia aversiva en que consiste la pena viabiliza la tesis llegada al ciudadano de que el Derecho penal objetivo, es uno de advertencia.
- iii. La pena cumplirá un papel instructivo** conforme las propuestas del aprendizaje observacional o vicario del que ya hemos dado cuenta. Se activa en el ciudadano el sentido de la poena ya condicionada en el por lo de la “poenanaturalis”.
- iv. El criterio preventivo especial:** Al imponerse la pena, ella tomara en cuenta las necesidades de reeducación o resocialización del infractor.

Esto de la resocialización sin embargo deberá tener contenido concreto conforme el que se derive de las modernas teorías del aprendizaje y de los hallazgos experimentales en materia de comportamiento humano.

Hablar de Humanidad de las penas, de capacidad de libertad del sujeto, desarrollo de su personalidad, etc. sin asociar estos puntos con programas concretos de modificación conductual implica admitir que el Derecho Penal es un instrumento de descontrol social. (VIILA STEIN, 1998)

2.2.6. LA ATENUACIÓN DE LA PENA

Son atenuantes post delictuales, la reparación espontanea del daño, el arrepentimiento y la confesión sincera. (VIILA STEIN, 1998). Se denominan circunstancias atenuantes en el ámbito del Derecho Penal a aquellas particularidades, que se presentan en el caso concreto sometido a análisis, que permiten que el autor del hecho ilícito, si bien es hallado culpable y le será impuesta una pena, vea disminuida su responsabilidad penal.

Dentro de estas están la adicción en cualquiera de sus formas, la intoxicación, los estados pasionales, extrema necesidad social del infractor.

La edad del imputado en tanto que ella hubiera influido en la conducta punible. Esta circunstancia atenuante guardaría semejanza, al menos desde el punto de vista teleológico, con la norma prevista en el artículo 22 CP, esto es, la reducción prudencial de la pena cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún, o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la conducta punible. Costaría entender, fuera de estos límites, que la edad del agente, plenamente imputable, pudiera todavía influir en la perpetración delictiva. En cualquier caso, podría interpretarse que esta circunstancia sería de aplicación para aquellos supuestos en los que, a pesar de estar

dentro de esos límites etarios, no sea de aplicación el artículo 22 CP: homicidios o lesiones culposas (por conducción en estado de ebriedad) reiterados; agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación sexual, homicidio calificado, feminicidio, extorsión, etc. (ORÉ SOSA, 2001)

2.2.7. RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

La responsabilidad restringida es la condición que configura una circunstancia atenuante privilegiada. (CASACION 336-2016 CAJAMARCA). El primer párrafo del artículo 22 del CP regula la figura de la responsabilidad restringida o disminuida (exigibilidad parcial), la cual establece que la capacidad de autocontrolarse de ciertos agentes delictivos, como son el joven cuya edad oscila entre los 18 a 20 años de edad y el anciano mayor de 65 años, se encuentra disminuida, “es decir, al sujeto le puede costar más o menos esfuerzo al comportarse de acuerdo a la norma, debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal, lo que lleva a la disminución de la capacidad de culpabilidad, debido a que deba compensarse su menor capacidad de control” (VILLAVICENCIO TERREROS).teniendo como causa factores biológicos – psicológicos propios de su edad; y que tiene como consecuencia la reducción de la pena a partir del mínimo legal, sujeto a la discrecionalidad del juzgador, conforme al Pleno Jurisdiccional de Iquitos de 1999 (Acuerdo Plenario 4/99).

Ahora bien la modificatoria propuesta por la Comisión de Justicia del Parlamento, exceptúa dicha reducción al momento de la individualización de la pena si se incurrió en forma reiterada en los delitos de Homicidio Culposo (Art. 111 3er párrafo CP) y Lesiones Culposas (Art. 124 4to párrafo CP), que tenía como supuestos si “el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando

sean varias las víctimas del mismo hecho” , ello antes de la modificatoria, no obstante dichas normas también han sido modificadas con el proyecto bajo análisis, cuyo supuesto habría cambiado en el caso del delito de homicidio culposo, cuyo texto sería el siguiente, en el caso de homicidio culposo el nuevo tercer párrafo establece: “si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, o con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos–litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25 gramos litro en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito”, y en el caso de lesiones culposas el anterior supuesto se mantendría. Como podemos apreciar en dicho párrafo se ha introducido la figura de la reiteración, que alude implícitamente a la institución de la reincidencia, la misma que se fundamenta en que el reincidente (que ha de obrar dolosamente en el afán de volver a delinquir) revela que no ha ejercido efecto sobre él la misión reeducadora que constituye el fin de la pena. En nuestro código penal, tenemos que dicha institución se encuentra regulada por el artículo 46-B: que establece que quien “después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados.” De la lectura de la norma se puede inferir que la

reincidencia se encuentra explícitamente regulada sólo para delitos y faltas de comisión dolosa. Asimismo, cabe señalar que la figura de la habitualidad, es decir aquella costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, se encuentra regulada por el artículo 46-C del código acotado que refiere “si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados”; como podemos apreciar, tenemos que nuevamente se regula sólo por la comisión de nuevo delito doloso dentro de 5 años 3 hechos punibles, y en calidad de agravante en la individualización de la pena a imponerse.

2.2.8. DECRETO LEGISLATIVO 1181

Mediante Ley N° 30336 el Congreso de la República ha delegado al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de fortalecimiento de la seguridad ciudadana, lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, por un plazo de noventa (90) días calendario; ello de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú; con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República; de tal forma que se ha dado el decreto legislativo N° 1181, mediante el cual se ha modificado el artículo 22.

(...) "Artículo 22. Responsabilidad restringida

Por la edad Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en

forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

(...)

2.2.9. FUENTES DOCTRINARIAS

La Corte Suprema ha establecido que no pueden aplicarse las leyes que prohíben a los jueces atenuar la pena en razón de la edad del autor de un delito, incluso cuando el ilícito cometido sea la violación sexual de menor. Ello es inconstitucional, pues afectaría el principio de igualdad las leyes que prohíben a los jueces penales reducir las penas en los casos de responsabilidad penal restringida del autor; esto es, cuando tengan menos de 21 años, incluso en casos graves como violación sexual de menor de edad. De lo contrario, se vulneraría el principio de igualdad que tiene relevancia constitucional.

Así lo ha establecido la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, al resolver el Recurso de Nulidad N° 701-2014-Huancavelica. En dicho fallo, la Sala ha señalado que la responsabilidad restringida se sustenta en la capacidad penal disminuida del autor. Por lo tanto, prohibir mediante una ley la disminución de la pena sobre la base

del delito cometido significaría valorar el grado de antijuridicidad de la conducta con un elemento que no es propio para hacerlo.

Ahora bien si, según el caso en concreto, un sujeto fue denunciado por haber ultrajado sexualmente a una menor de cinco años de edad en diciembre de 2008. Los hechos indicaban que este sujeto aprovechó que la víctima, siguiendo indicaciones de un amigo también menor de edad, ingresó al domicilio donde se encontraba el delincuente y que era de propiedad de su padre.

En primera instancia, la Sala Superior de Huancavelica consideró probados los hechos y, en aplicación del inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, que regula el delito de violación sexual de menor de siete años de edad, impuso al autor la pena de cadena perpetua.

Esta decisión, sin embargo, fue cuestionada por el condenado, pues consideró que no se habían valorado algunas pruebas que, según él, lo beneficiaban. Por este motivo, interpuso recurso de nulidad que fue elevado a la Corte Suprema.

¿Por qué no puede aplicarse cadena perpetua a menor de 21 años?

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, al revisar el recurso, consideró que no era válido el argumento entablado por el impugnante. Más bien la Corte señaló que se había probado la comisión del delito. Sin embargo, el Supremo Tribunal realizó observaciones a la pena de cadena perpetua impuesta.

En efecto, la Sala consideró que cuando el imputado perpetró el delito tenía veinte años de edad, por lo que era sujeto de responsabilidad restringida y correspondía la aplicación de una reducción de la pena.

No obstante, también tuvo en consideración que el artículo 22 del Código Penal, luego de la modificación hecha por la Ley N° 27024, de diciembre de 1998, prohíbe la disminución de la pena en casos de violación sexual de menor. A pesar de ello, la Sala Penal Transitoria consideró que esta era una limitación inconstitucional porque vulneraba el principio de igualdad, de rango y relevancia constitucional. Asimismo, apoyó su decisión en el hecho de que la prohibición no recae por la valoración de la antijuridicidad de un hecho, sino en el tipo de delito cometido; por lo que –afirmó la Corte– no existe fundamento razonable ni objetivo para diferenciar un mismo criterio en dos escenarios distintos.

Por ello, la Sala Penal Transitoria confirmó la condena impuesta, pero la modificó, revocando así la cadena perpetua e imponiendo una de treinta y cinco años de prisión.

A. TEORÍA FINALISTAS

Es un criterio o corriente procesal para ubicar la culpabilidad del sujeto y la consecuente imposición de la pena, parte de la Teoría del jurista alemán Hans Welzel quien en el año de 1930 realiza una crítica del sistema causalista diciendo que el ubicar la acción en forma causal es una forma ciega de observar el delito aduciendo que es una forma ciega por que el causalismo se reduce a causa-efecto sin tener en cuenta la finalidad de la acción.

La escuela Finalista funda su razón de ser en la subjetividad del acto y que corresponde a la fase interna (el pensamiento del individuo), analizando los motivos y finalidades del delincuente para poder deducir de ahí la culpabilidad del sujeto en base a la realización de un hecho. Por tal motivo ésta escuela se basa totalmente en la teoría del Tipo y sus elementos como condición para que pueda establecerse la culpabilidad; esto es, que ésta teoría exige el estudio dogmático-jurídico de cada uno de los elementos del tipo analizados en la relación del hecho delictivo en particular para poder establecer la culpabilidad sobre una persona. (WELSEL, 1951)

La teoría finalista afirma que el legislador al crear tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito y no violentar las estructuras para evitar caer en contradicciones. De tal modo que el legislador debe partir de los conceptos de acción, antijuricidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales, que servirán para preservar los derechos fundamentales del hombre, es decir que su actividad creadora no debe ser autónoma, si no sujetarse a los principios de la teoría del delito.

B. EL POPULISMO PENAL

Se define como la estrategia desplegada por actores políticos y funcionarios del sistema penal, encaminada, aparentemente, a remediar los problemas que se derivan del crimen y la inseguridad, pero que en el fondo implica una alianza demagógica para crear en la conciencia ciudadana la necesidad de aplicar medidas extremas de “mano dura” y “tolerancia cero” contra los infractores, aun en delitos de menor impacto, a sabiendas de que son respuestas eufemísticas, viscerales, basadas en sondeos no confiables, que lejos de disminuir la tasa delincencial, la incrementan de manera incontrolable” (PRATS, 2008).

En las últimas décadas se incorporó al debate la perspectiva del populismo punitivo como concepto que denota las medidas represivas alimentadas por la demagogia de la inseguridad y el miedo. El miedo al otro ha sido siempre un recurso del poder político: puede producirlo él mismo, como en los regímenes abiertamente autoritarios, o servirse de él, secundándolo o alimentándolo con objeto de obtener consenso y legitimación (FERRAJOLI, 2011)

La función asignada al castigo en el populismo punitivo está vinculada a intereses electorales, como el reconocimiento de la medida como adecuada y eficaz frente a la inseguridad, pero deja sin resolver el fin de prevención y no reconoce los límites que supone aceptar alguna de las doctrinas de justificación (CANCIO MELIA, Manuel, JAKOBS, Gunter, 2003)

Como expuso hace tiempo Goldschmidt los principios de la política criminal de un país constituyen precisamente el termómetro por el que se mide el carácter democrático o no de su ordenamiento jurídico. Y lo cierto es que estas políticas populistas responden a una ideología neo-autoritaria de corte antidemocrático, que se fundamentan -escudando bajo políticas de prevención y seguridad, que, no obstante, carecen de un análisis criminológico objetivo de la realidad, en cuanto a la problemática de inseguridad ciudadana. (MIRANDA ESTRAMPES, 2007)

2.2.10. JURISPRUDENCIA

Casación N° 335-2015, Del Santa: Doctrina jurisprudencial vinculante para casos de violación

La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

De igual modo, la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, también es compatible con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29° del Código Penal. Para la individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

- i) Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal;
- ii) Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad;
- iii) Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; y
- iv) Diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

Ahora bien realizando un análisis el código de 1991 introdujo a la legislación penal peruana normas sobre la finalidad de la pena y un nuevo sistema de penas. En este sentido, el artículo I del Título preliminar declara que <<este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad>>, El artículo IX del Título Preliminar expresa que <<la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora>>. Por ello, podemos considerar que el código se refiere a las teorías preventivas. Así, pues, nuestro código inscribe en la línea de una teoría unitaria adictiva de la pena como función de la pena.

En base a los fundamentos antes indicados, el artículo 28 del código penal reconoce como clases de pena, a la privativa de libertad (temporal y la cadena perpetua), a la limitativa de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación), y la multa. sin embargo, consideramos que se contradicen los postulados al haber introducido como una clase la restrictiva de libertad (expatriación y expulsión)

Otra contribución del código de 1991 está referida a la aplicación de la pena. El artículo 45 constituye una disposición novedosa en nuestro ordenamiento penal. Así, el juzgador debería tener en consideración, en el momento de la determinación de la pena, aspectos como las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, dando cabida a lo que se denomina co-rresponsabilidad o co-culpabilidad. El estado es el que determina que conducta es prohibida; es el que criminaliza la conducta, quien establece lo que es delito; además, siendo este el que prescribe la pena, es coherente afirmar que tanto pena como delito, no es un producto; el delito es una construcción. Siendo en el Perú un país pluricultural, donde co-existen distintas culturas, en el que junto a otros patrones de conducta del sistema oficial coexisten los de otros grupos culturales, entrando en muchos casos en conflicto (sociedad conflictual), es entendible que el discurso oficial no se ha aprehendido por toda la sociedad peruana, pues en diversos casos entraran en conflicto con los patrones de conducta de otros grupos culturales o subculturas. Finalmente, el tener numeral de este artículo establece que el juez debe tomar en consideración los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella depende.

Dada la desfavorable situación de la víctima en el sistema penal(es un especie de perdedor por partida doble: frente al infractor y después, frente al Estado), el Derecho Penal de mínima realización supone la protección privilegiada de la víctima, como por ejemplo, a través de una estrategia de privatización de conflictos como modelo político-criminal para la descriminalización de ciertos delitos; también, otorgársele a la victima mayor intervención en el tratamiento de los conflictos, tendentes a acotar las diferencias con el infractor, reducir el costo social dela pena, asegurar la posibilidad de indemnización de la víctima.

En este marco la aplicación de la pena, las circunstancias señaladas en el artículo 46 del código penal solo representan factores particulares para la determinación de la pena. Peor mucho tiempo, la mediación judicial de la pena estuvo basada en el dogma de la discrecionalidad judicial, de forma tal que las disposiciones legales sobre la materia carecían prescindibles y hasta eran percibidas como un obstáculo. Precisamente, el estancamiento de la teoría de la medición de la pena se debió a la incapacidad de alejarse de ese dogma. En la actualidad, la dogmatica de la medición judicial de la pena viene siendo desarrollada en base a las reglas jurídicas particulares. Ahora se habla de un derecho de medición judicial de la pena que, por cierto, registra un retraso en su desarrollo frente a los estudios sobre la teoría del delito. Es también el caso del derecho penal peruano, que necesita desarrollar esta importante temática. El camino que el juez seguirá hasta determinar definitivamente la pena aplicable atraviesa tres etapas. 1°Determinar el marco punitivo aplicable en función a los márgenes de pena previstos en la ley penal. 2° Determinar la pena en base a la valoración de la culpabilidad del hecho. 3° Asumir una decisión preventiva de manera tal que las diferentes magnitudes

de pena que se pueden observar a partir de la culpabilidad deben regularse en función a criterios preventivos especiales y generales.

El anteproyecto de Ley del Código Penal de 2004, en lo que se refiere a la pena, en su artículo I del Título Preliminar mantiene la posición del código actual en cuanto se adhiere a una teoría aditiva. Lo novedoso es el reconocimiento de los principios de proporcionalidad, protección de la víctima, humanidad y necesidad, al momento de la aplicación de la pena, y la medida de seguridad (Artículo VIII), Además, limita la aplicación de la cadena perpetua (unanidad de la sala, revisión de la misma transcurrido el periodo de tiempo; segundo párrafo, artículo 29), elimina la pena por expatriación y busca desarrollar un nuevo capítulo denominado determinación fundamentación de la pena. (CASACIÓN N° 335-2015).

2.2.11. EL TEST DE CONSTITUCIONALIDAD

a. Concepto: Un test es una prueba de confrontación, especialmente la que se emplea en pedagogía, psicotecnia, medicina, etc., para evaluar el grado de inteligencia, la capacidad de atención u otras aptitudes o conductas, El Tribunal Constitucional lleva a cabo, o elabora, lo que se ha denominado como "test de constitucionalidad". Mediante el mismo, el Tribunal determina si efectivamente se produce o no una situación de inconstitucionalidad, resumiéndose su doctrina al respecto en la (STC 76/1990.)

"Sobre el principio de igualdad ante la Ley este Tribunal ha elaborado en numerosas Sentencias una matizada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de

la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ellas se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos". (STC, 76/1990: 9)

2.2.12. FORMACIÓN DE LA LEY

2.2.12.1. INICIATIVA LEGISLATIVA

La iniciativa legislativa tiene una serie de requisitos generales y especiales según sea el caso. En cuanto a los requisitos generales, el Artículo 75° del Reglamento del Congreso dispone: "Las proposiciones de Ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido,

cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. Las proposiciones de Ley se presentarán ante la Oficialía Mayor del Congreso en día hábil y horario de oficina, para su registro (REGLAMENTO DEL CONGRESO, 2001).

2.2.12.2. ESTUDIO EN COMISIONES

En la remisión de las proposiciones a Comisiones se aplica el criterio de especialización. Al mismo tiempo que dispone la remisión de las proposiciones a Comisiones, el Oficial Mayor dispondrá la publicación en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano de la parte resolutive de las mismas, que hayan sido presentadas durante la semana (...). En el caso de envío a más de una Comisión, el orden en que aparezcan en el decreto determina la importancia asignada a la Comisión en el conocimiento del asunto materia de la proposición de ley (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2006).

Las Comisiones tienen un máximo de treinta días útiles para expedir el dictamen respectivo. En primer término verificarán que se cumpla con los requisitos señalados y luego calificarán el fondo de la proposición, estando facultadas para rechazarla de plano y archivarlas. Si son varias las Comisiones, pueden presentar dictamen conjunto. Cuando se trate de un dictamen de reenvío o reconsideración, el Pleno acordará el plazo a propuesta de la Mesa Directiva, el mismo que no podrá exceder de treinta días útiles. El Consejo Directivo dispone la puesta en agenda de los dictámenes, a propuesta del Presidente, debiendo ser distribuidos con anticipación de 24 horas” (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2003).

2.2.12.3. DEBATE PARLAMENTARIO

Se realiza sobre la base de los temas que llegan a las instancias de decisión así como a ciertas reglas preestablecidas por los decisores, plasmadas en el Reglamento del Congreso de la República. Precisamente estas reglas de debate van a permitir el desarrollo normal de las sesiones y de los procedimientos parlamentarios al regular, fundamentalmente, el uso de la palabra en tiempos y casos determinados por parte de los parlamentarios o de otros agentes de decisión que asisten al Pleno y a las Comisiones. Hay que tener presente que no todos los asuntos que son tratados en el Pleno necesariamente han sido previamente debatidos, conforme las reglas fijadas en el Artículo 55° (REGLAMENTO DEL CONGRESO, 2001).

2.2.12.4. APROBACIÓN DEL PROYECTO DE LEY

La aprobación del proyecto de Ley, es el momento cumbre del proceso de toma de decisiones en lo que se refiere al procedimiento legislativo en el Congreso de la República. Luego de un debate se pasa a la sanción (votación) de la iniciativa legislativa que, en el caso de ser aprobada adquiere un formato: autógrafa, debido a que en ella se estamparán las firmas del Presidente y uno de los vicepresidentes. El Artículo 78° del Reglamento describe esta fase: “No se puede debatir ninguna proposición de Ley que no tenga dictamen, ni ningún dictamen que no haya sido publicado... por lo menos una semana antes de su debate...” (RESOLUCIÓN LEGISLATIVA, 2001).

Si la proposición de Ley o resolución legislativa es rechazada, el Presidente ordenará su archivo. No podrá presentarse la misma proposición u otra que verse sobre idéntica materia hasta el siguiente período anual de sesiones, salvo que lo acuerde la mitad más uno del número legal de congresistas. Cuando el Pleno lo estime necesario, podrá

acordar, a pedido de un Congresista o un Grupo Parlamentario y por mayoría simple de los presentes, la conformación de una Comisión de Redacción, conformada por tres Congresistas propuestos por el Presidente, a efecto que revisen la redacción de las proposiciones aprobadas (RESOLUCIÓN LEGISLATIVA, 2000).

Si se plantea y aprueba una cuestión previa de vuelta a Comisiones, el Presidente ordenará el reenvío y consultará el plazo. De aprobarse la proposición de Ley o resolución legislativa, la oficina especializada de la Oficialía Mayor redactará la autógrafa, la misma que será firmada de inmediato por el Presidente y uno de los Vicepresidentes. No se podrá debatir ninguna proposición que no tenga dictamen de Comisión, salvo excepción señalada en el presente Reglamento (RESOLUCIÓN LEGISLATIVA, 2001).

2.2.12.5. PROMULGACIÓN, PUBLICACIÓN Y VIGENCIA DE LA LEY

Esta última etapa se inicia con el envío de la autógrafa al Poder Ejecutivo para que el Presidente de la República sancione la Ley. “La Ley aprobada... se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente (...). Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer (...) las presenta a éste en el mencionado término de quince días. El Reglamento del Congreso de acuerdo con lo establecido por la Constitución, en el artículo 108°, desarrolla esta última etapa en el artículo 79° (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2006).

2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1. PENA

La pena, -según una de sus primeras concepciones- primero, es un mal que se inflige al delincuente por los perjuicios causados a la víctima; segundo, constituye una retribución; tercero implica una valoración negativa del injusto cometido por el delincuente; y, por último, tiene la finalidad de impedir la reincidencia (HURTADO POZO, 2011)

La pena es el recurso que utiliza el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la "restricción de derechos del responsable". Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales de un sujeto hallado responsable de la comisión de una conducta punible. La pena está contemplada en la ley y es impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso.

El término pena deriva del término en latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo.

El Derecho Penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En muchos países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal (lo cual excluye la aplicación de penas como la pena de muerte o la cadena perpetua). (GARRIDO, 2007)

2.3.2. RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR LA EDAD

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y

cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua (D.L. 1181)

2,3.3. ATENUACIÓN

Son aquellas que, en alguna medida, dan lugar a la reducción de la pena normalmente aplicable. Las leyes penales señalan algunas causas que disminuyen la responsabilidad criminal, pero no la anulan totalmente: la embriaguez no habitual, la de ser el culpable menor de dieciocho años, la de no haber tenido la delinciente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, la de obrar por estímulos o motivos morales altruistas o patrióticos de notoria importancia, etc. Son también circunstancias atenuantes, la reparación en lo posible -a impulsos de arrepentimiento espontáneo- de los efectos o consecuencias del delito, dar satisfacción al ofendido o bien confesar a las autoridades la infracción. (DUTTI, 2012)

2,3.4. PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad ante la ley es el que establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin que existan privilegios ni prerrogativas de sangre o títulos nobiliarios. Principio general del derecho que propugna la igualdad de trato de las personas de manera que ante situaciones iguales se otorgue el mismo trato y en situaciones desiguales se favorezca un trato distinto a las personas. La igualdad puede ser vista desde un punto de vista formal en la regulación de las diferentes cuestiones en las leyes (igualdad en la ley), así como desde un punto de vista material en la aplicación de las mismas (igualdad en la aplicación de la ley). (MAIER, 2011).

2.3.5. LA INCONSTITUCIONALIDAD

Es la acción que se da ante la existencia de un asunto pendiente de resolver -sea ante los tribunales de justicia o en el procedimiento para agotar la vía administrativa- en dónde se considere que una norma a ser aplicada lesiona un derecho es ahí cuando la acción constituye un medio razonable para amparar el derecho considerado lesionado en el asunto principal, de forma que lo resuelto por el Tribunal Constitucional repercute positiva o negativamente en dicho proceso pendiente de resolver, por cuanto se manifiesta sobre la constitucionalidad de las normas que deberán ser aplicadas en dicho asunto. (MORON URBINA, 1999).

III. METODOLOGIA

3.1. TIPO DE INVESTIGACION:

La presente investigación jurídica por su enfoque es un proceso de investigación de diseño mixto ya que es una fusión de los modelos cualitativo y cuantitativo, utilizando las fortalezas de ambos, consiste en un enfoque que implica un proceso de recolección, estudio y vinculación de datos cuantitativos y cualitativos en un mismo estudio. (PINEDA, 2017).

Para Hernández Sampieri, representan procesos sistemáticos, empíricos y críticos de investigación e implican la recolección y el estudio de datos cuantitativos y cualitativos, así como su integración y discusión conjunta. (HERNÁNDEZ SAMPIERI, 2010)

Ahora bien, desde el punto de vista de la “naturaleza” del problema, el presente estudio corresponde a un diseño transformativo secuencial ya que incluye dos etapas de recolección de datos, la prioridad la establece el investigador. Los resultados de las etapas cuantitativa y cualitativa son integrados durante la interpretación.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:

El esquema de este diseño es el siguiente:



Donde:

O = Origen (atenuación de la pena por responsabilidad restringida).

T = Tema (atenuante privilegiada y vulneración de normas constitucionales).

P = Perspectiva: (la aplicación de los jueces en la expedición de sentencias.)

3.3. POBLACION Y MUESTRA DE INVESTIGACION

3.2.1.- POBLACION

Para la ejecución del objetivo específico 1, Analizar cómo está regulada la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y de que forma la aplican los jueces en la expedición de sentencias: se considera como población todas las sentencias expedidas por jueces a nivel Nacional respecto a la atenuación de la pena por responsabilidad restringida, de la cual se tomó como muestra representativa a las sentencias expedidas en la Provincia de San Román - Juliaca con una muestra aleatoria de 14 sentencias expedidas en los Juzgados Penales y Sala Penal de Apelaciones de La Provincia de San Román – Juliaca.

3.2.2. MUESTRA

Para el primer objetivo: Se tiene como muestra 14 sentencias expedidas en los Juzgados Penales y Sala Penal De Apelaciones de La Provincia de San Román – Juliaca, que representa la totalidad de casos observados que se encontraron en los legajos ingresados.

3.4. OBJETO DE INVESTIGACIÓN:

El objeto de la investigación está dado por tres objetivos específicos: en Primer lugar: Se ha ejecutado y desarrollado en analizar cómo está regulada la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y de que forma la aplican los jueces en la expedición de sentencias; en Segundo lugar:Se ha ejecutado y desarrollado en Identificar cuáles son

las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerar la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada. y, Finalmente, Se ha ejecutado y desarrollado en determinar la restricción de la aplicación de la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada establecida en el D. Legislativo 1181 y su vulneración de normas constitucionales.

3.5. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS:

Las técnicas e instrumentos de investigación fueron los siguientes:

- a. Para el objetivo específico I: El método que se ha utilizado ha sido el método de la medición, por cuanto permitió asignar una magnitud, valor a los datos recogidos en cuanto a los resultados, para este objetivo se ha utilizado la técnica de la observación documental de las sentencias, el instrumento utilizado fue la ficha de observación.
- b. Para el objetivo específico II: El método que se ha utilizado es el método de la observación documental, por cuanto nos permitió registrar los datos recogidos a través de la observación, en función de los objetivos de investigación para demostrar la veracidad de las hipótesis planteadas; y referido a la técnica, se ha utilizado la técnica de la exégesis, pues esta técnica nos ha permitido conocer respecto a las fuentes doctrinarias de la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada, cuales están de acuerdo y cuáles de estas se oponen; y finalmente el instrumento utilizado ha sido la guía de investigación documental.
- c. Para el objetivo específico III: El método que se ha utilizado para este objetivo ha sido el método de medición, por cuanto nos permitió determinar la eficacia del segundo párrafo del artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1181, y referido a la técnica, se ha utilizado la técnica del Test, pues esta técnica nos ha permitido

establecer y medir la eficacia de la norma; y finalmente el instrumento utilizado ha sido el Test de Constitucionalidad.

3.6. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN:

El procedimiento que se adoptará para recoger los datos es el siguiente:

Primero: Se identificará el material bibliográfico (Fuentes bibliográficas), (fuentes documentales), para seleccionar y recabar los contenidos que se utilizaran en la investigación.

Segundo: Se analizará y recabara la información y contenidos de las fuentes seleccionadas, trasladándolas a las fichas de análisis, considerando el problema de investigación, sus objetivos e hipótesis.

Tercero: Se clasificara la información y contenido de acuerdo a las unidades y dimensiones de la investigación.

3.7. DISEÑO DE TRATAMIENTO PARA LA PRUEBA DE HIPOTESIS

Una vez tabulada los datos se procedió a realizar el análisis de los mismos que lleva al siguiente orden:

- DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LOS DATOS EN CUADROS ESTADÍSTICOS POR FRECUENCIA:

Se realizó una distribución de datos en cuadros de distribución de frecuencia de doble entrada, los que sirven para determinar los porcentajes en cada una de las categorías.

- ESTADÍSTICA DESCRIPTIVA:

Una vez tabulada los datos se procedió a realizar el análisis de los mismos que lleva al siguiente orden:

- DISTRIBUCION PORCENTUAL DE LOS DATOS EN CUADROS

ESTADISTICOS POR FRECUENCIA:

Se realizó una distribución de datos en cuadros de distribución de frecuencia de doble entrada, los que sirven para determinar los porcentajes en cada una de las categorías.

- ESTADISTICA DESCRIPTIVA:

Se utilizó las estadísticas, más conocidas para un mejor entendimiento de los resultados los cuales tienen la siguiente fórmula:

Media Aritmética:

$$\bar{x} = \frac{\sum_{i=1}^n x_i}{N}$$

Donde:

Σ = Sumatoria de los datos a considerarse

X_i = Dato considerado

N = Número de datos a considerarse

Coefficiente de variación: Nos permitió medir el grado de variabilidad de los datos en porcentaje.

$$CV = \frac{S}{\bar{X}}(100\%)$$

Donde:

C.V. = Coeficiente de variación.

S = Desviación estándar.

\bar{x} = Media aritmética de los datos.

Desviación Estándar: Se usó de la desviación estándar para medir la variabilidad promedio de las observaciones alrededor de la media aritmética.

Mediante la siguiente fórmula:

$$s = \sqrt{\frac{1}{N-1} \sum_{i=1}^N (x_i - \bar{x})^2}$$

Desviación estándar muestral

Coefficiente de correlación: Se usó el coeficiente de correlación de sentencias para cuantificar las relaciones entre dos variables, dependiente e independiente) este toma valores comprendidos entre -1 y + 1 pesando por 0, este estadígrafo nos permitió analizar la inaplicación de la atenuación por responsabilidad restringida en la expedición de sentencias.

FÓMULA:

$$r = \frac{N(\sum XY) - (\sum X)(\sum Y)}{\sqrt{[N(\sum X^2) - (\sum X)^2][N(\sum Y^2) - (\sum Y)^2]}}$$

Para la presente investigación, se utilizó el método de medición, así como los demás procedimientos y técnicas que se requiere, tomando en cuenta siempre, la naturaleza de la presente investigación (Jurídica) que presenta sus propias particularidades.

Prueba Chi Cuadrado (χ^2)

Se utilizó el Chi cuadrado para la prueba de hipótesis para medir el grado de confianza. Esta prueba estadística no paramétrica es utilizada como prueba de significación, cuando se tiene datos que se expresan en frecuencias o están en términos de porcentaje o proporciones, y pueden reducirse frecuencias. La fórmula estadística utilizada fue la siguiente:

$$\chi_c^2 = \sum \frac{(O_i - E_i)^2}{E_i}$$

Donde:

χ_c^2 : Chi-cuadrado calculado

O_i : Frecuencia porcentual de efectos adversos

E_i : Frecuencia porcentual esperada.

a) Valor estadístico.

El resultado fue: 3.84

b) Nivel de significancia

Se trabajó con el nivel de 95% de confiabilidad ($\alpha = 0.05$).

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. OBJETIVO ESPECIFICO I: ANALIZAR CÓMO ESTÁ REGULADA LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA Y DE QUE FORMA LA APLICAN LOS JUECES EN LA EXPEDICIÓN DE SENTENCIAS

TABLA 1. SENTENCIAS EXPEDIDAS DE LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN-JULIACA RESPECTO A LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

INSTANCIAS	Nº DE SENTENCIAS	PORCENTAJE (%)
JUZGADOS PENAL ES	06	43%
SALAS PENALES Y DE DERECHO CONSTITUCIONAL	08	57%
Total	14	100.00

FUENTE: Legajo de Sentencias del Juzgados Penales y Salas Penales y de Derecho Constitucional y Social de Corte Suprema.¹

ELABORACIÓN: El ejecutor.

Interpretación:

Según la tabla N° 01, de un total de 14 sentencias observadas en Los Juzgados Penales y Sala Penal de Apelaciones de la De San Román – Juliaca, que representa el 100 %, referente a la aplicación de la pena por Responsabilidad restringida, se tiene que se ha observado 06 sentencias en el JUZGADO PENAL COLEGIADO que representa el 43% y 08 sentencias en la SALA PENAL que representa el 57%.

¹ Acuerdo Plenario N°0004- 2008/CJ-116, Casación N° 335-2015-Santa, Exp. 1618-2016-Lima Norte, Exp. 832-2012-Puno, Exp. 1082-2015/San Román, Exp. 0008-2014/San Román, Exp. 2359-2015/San Román, Exp 1144-2012/San Román, R.N. N° 1610-2013-Lima Norte, Exp. 13848-2016/Huara, Casación 336-2016/Cajamarca, Exp. 01847-2013-HC/TC, Exp 00751-2010-HC/TC, Casación 403-2012/Lambayeque.

Para determinar la muestra estratificada y proporcional se aplicó con un nivel de significancia de 0.05 que equivale al 5%

Entonces:

- Nivel de significancia $\alpha = 0.05 = 5\%$
- Nivel de confianza $\alpha = 0.95 = 95\%$.

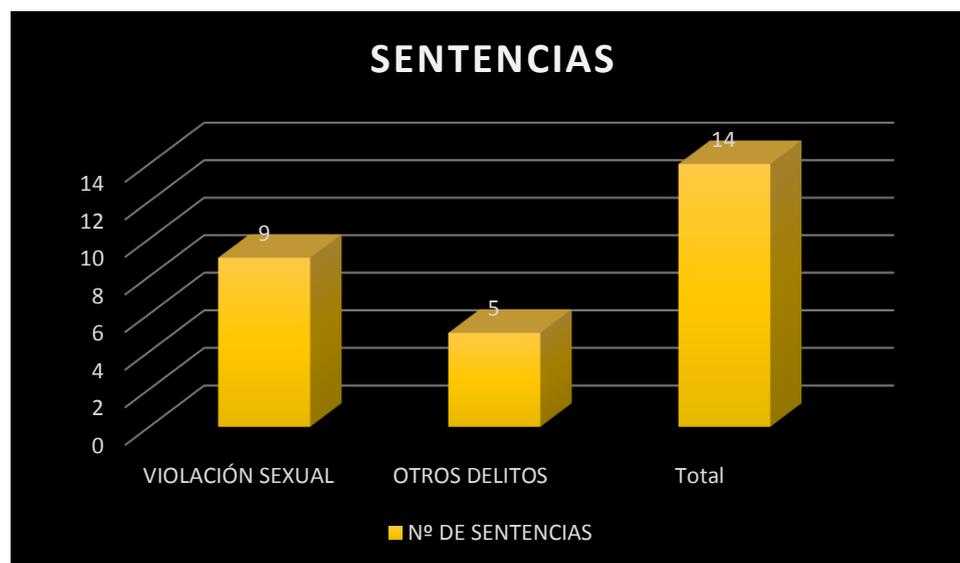
La muestra es de tipo aleatorio simple.

TABLA 2. SENTENCIAS EXPEDIDAS SEGÚN DELITOS EN LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN - JULIACA RESPECTO A LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

INSTANCIAS	Nº DE SENTENCIAS	PORCENTAJE (%)
VIOLACIÓN SEXUAL	9	64%
OTROS DELITOS	5	36%
Total	14	100.00

FUENTE: Legajo de Sentencias (Acuerdo Plenario N°0004- 2008/CJ-116, Casación N° 335-2015-Santa, Exp. 1618-2016-Lima Norte, Exp. 832-2012-Puno, Exp. 1082-2015/San Román, Exp. 0008-2014/San Román, Exp. 2359-2015/San Román, Exp 1144-2012/San Román, R.N. N° 1610-2013-Lima Norte, Exp. 13848-2016/Huara, Casación 336-2016/Cajamarca, Exp. 01847-2013-HC/TC, Exp 00751-2010-HC/TC, Casación 403-2012/Lambayeque.)

ELABORACIÓN: El ejecutor.

FIGURA 1 RESPECTO A LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS SEGÚN DELITOS

Fuente: Tabla 02

Elaboración: El ejecutor.

Interpretación:

De la tabla 2 y figura N° 2 De un total de 14 sentencias observadas en Los Juzgados Penales y Sala Penal de Apelaciones de la Provincia De San Román – Juliaca, que representa el 100 % , referente a la inaplicacion de la prohibicion contenida en el articulo 22° segundo parrafo delCodigo Penal, se tiene que 11 sentencias que representa el 79% inaplican la prohibicion contenida en el articulo 22° segundo parrafo, frente a 3 sentencia que representa el 21% que no inaplica la prohibicion contenida en el articulo 22° segundo parrafo.

Por lo que se concluye que las sentencias observadas inaplican la prohibicion contenida en el articulo 22° segundo parrafo delCodigo Penal, ya que vía control difuso es incompatible con la constitución, debido a que vulnera el principio – derecho de igualdad, garantizado en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución del Estado.

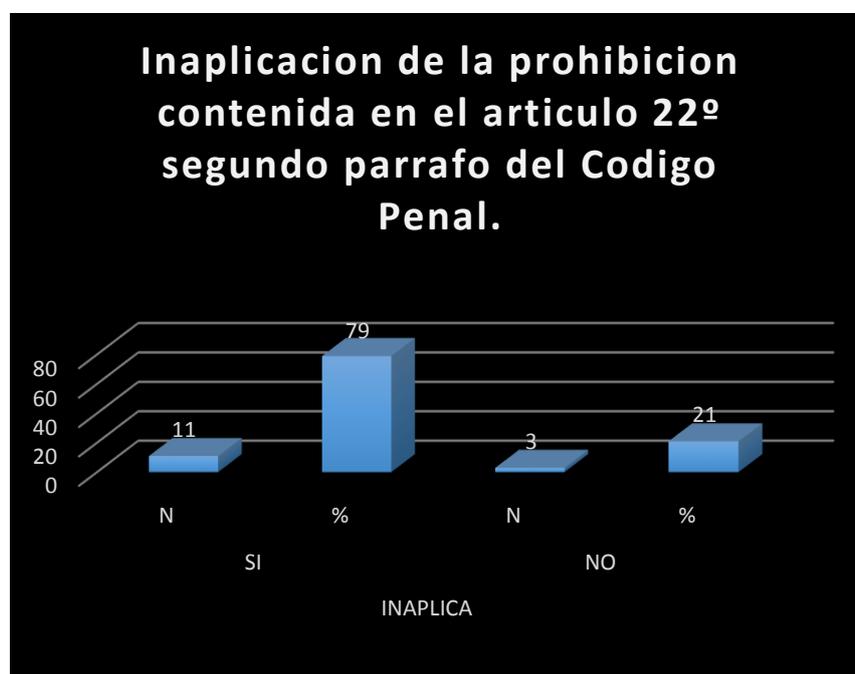
TABLA 3. SENTENCIAS EXPEDIDAS DE LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN-JULIACA, RESPECTO A LA INAPLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 22º SEGUNDO PÁRRAFO

	INAPLICA				Total	
	SI		NO			
	N	%	N	%	N	%
Inaplicacion de la prohibicion contenida en el articulo 22º segundo parrafo delCodigo Penal.	11	79	3	21	14	100

FUENTE: Legajo de Sentencias (Acuerdo Plenario N°0004- 2008/CJ-116, Casación N° 335-2015-Santa, Exp. 1618-2016-Lima Norte, Exp. 832-2012-Puno, Exp. 1082-2015/San Román, Exp. 0008-2014/San Román, Exp. 2359-2015/San Román, Exp 1144-2012/San Román, R.N. N° 1610-2013-Lima Norte, Exp. 13848-2016/Huara, Casación 336-2016/Cajamarca, Exp. 01847-2013-HC/TC, Exp 00751-2010-HC/TC, Casación 403-2012/Lambayeque)

ELABORACIÓN: El ejecutor.

**FIGURA 2 RESPECTO A LA INAPLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN
CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 22° SEGUNDO PÁRRAFO**



Fuente: Tabla 03

Elaboración: El ejecutor.

Interpretación:

De un total de 14 sentencias observadas en Los Juzgados Penales y Sala Penal de Apelaciones de la Provincia De San Román – Juliaca, que representa el 100 % , referente a la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22° segundo párrafo del Código Penal., se tiene que 11 sentencias que representa el 79% inaplican la prohibición contenida en el artículo 22° segundo párrafo, frente a 3 sentencia que representa el 21% que no inaplica la prohibición contenida en el artículo 22° segundo párrafo.

Por lo que se concluye que las sentencias observadas inaplican la prohibición contenida en el artículo 22° segundo párrafo del Código Penal, ya que vía control difuso es

incompatible con la constitución, debido a que vulnera el principio – derecho de igualdad, garantizado en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución del Estado.

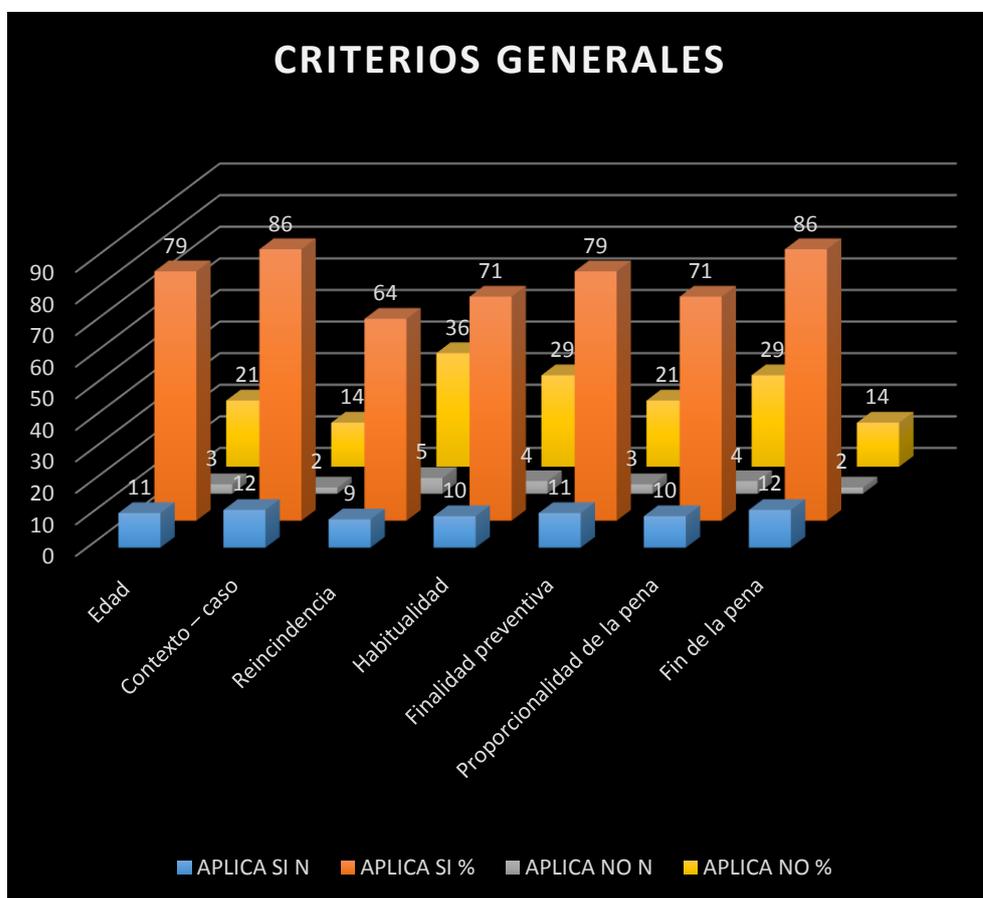
TABLA 4. CRITERIOS GENERALES A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS DE LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN – JULIACA, RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

Criterios	APLICA				Total	
	SI		NO			
	N	%	N	%	N	%
Edad	11	79	3	21	14	100
Contexto – caso	12	86	2	14	14	100
Reincidencia	9	64	5	36	14	100
Habitualidad	10	71	4	29	14	100
Finalidad preventiva	11	79	3	21	14	100
Proporcionalidad de la pena	10	71	4	29	14	100
Fin de la pena	12	86	2	14	14	100

FUENTE: Legajo de Sentencias (Acuerdo Plenario N°0004- 2008/CJ-116, Casación N° 335-2015-Santa, Exp. 1618-2016-Lima Norte, Exp. 832-2012-Puno, Exp. 1082-2015/San Román, Exp. 0008-2014/San Román, Exp. 2359-2015/San Román, Exp 1144-2012/San Román, R.N. N° 1610-2013-Lima Norte, Exp. 13848-2016/Huara, Casación 336-2016/Cajamarca, Exp. 01847-2013-HC/TC, Exp 00751-2010-HC/TC, Casación 403-2012/Lambayeque)

ELABORACIÓN: El ejecutor.

FIGURA 3. RESPECTO A CRITERIOS GENERALES A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS DE LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL



Fuente: Tabla 04

Elaboración: El ejecutor.

Interpretación:

De un total de 14 sentencias observadas en Los Juzgados y Sala Penal de Apelaciones de la Provincia De San Román – Juliaca, que representa el 100 %, para los criterios adoptados en su generalidad, se tiene que si se aplican dichos criterios conforme a los porcentajes presentados para cada ítem: Edad, Contexto – caso, Reincidencia, Habitualidad, Finalidad preventiva, Proporcionalidad de la pena, Fin de la pena.

Siendo así, de un total de 14 sentencias observadas, para los criterios adoptados en su generalidad respecto a edad , se tiene que 11 sentencias que representa el 79% si aplican dicho criterio, frente a 3 sentencia que representa el 21% que no existe aplicación, respecto a Contexto – caso, se tiene que 12 sentencias que representa el 86% si aplican dicho criterio, frente a 2 sentencia que representa el 14% que no existe aplicación, referente a Reincidencias tiene que 09 sentencias que representa el 64% si aplican dicho criterio, frente a 05 sentencia que representa el 36% que no existe aplicación, ahora bien en cuanto a la Habitualidad se tiene que 10 sentencias que representa el 71% si aplican dicho criterio, frente a 04 sentencia que representa el 29% que no existe aplicación, respecto a Finalidad preventiva, se tiene que 11 sentencias que representa el 79% si aplican dicho criterio, frente a 03 sentencia que representa el 21% que no existe aplicación, en cuanto a Proporcionalidad de la penase tiene que 10 sentencias que representa el 71% si aplican dicho criterio, frente a 04 sentencia que representa el 29% que no existe aplicación y finalmente referente a Fin de la pena se tiene que 12 sentencias que representa el 86% si aplican dicho criterio, frente a 02 sentencia que representa el 14% que no existe tal aplicación.

TABLA 5. CRITERIOS A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL OBSERVADOS EN LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN – JULIACA, RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

Criterios	APLICA				Total	
	SI		NO			
	N	%	N	%	N	%
Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal.	6	67	3	33	9	100
Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad.	7	77	2	23	9	100
Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo.	8	89	1	11	9	100
Diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito.	8	89	1	11	9	100

FUENTE: Legajo de Sentencias: Acuerdo Plenario N°0004- 2008/CJ-116, Casación N° 335-2015-Santa, Exp. 832-2012-Puno, Exp. 1082-2015/San Román, Exp. 0008-2014/San Román, Exp. 2359-2015/San Román, Exp 1144-2012/San Román, Casación 403-2012/Lambayeque, Casación 336-2016/Cajamarca

ELABORACIÓN: El ejecutor.

FIGURA 4. RESPECTO A LOS CRITERIOS A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL



Fuente: Tabla 03

Elaboración: El ejecutor.

Interpretación:

De un total de 09 sentencias observadas en Los Juzgados Penales y Sala Penal de Apelaciones de la Provincia De San Román – Juliaca, que representa el 100 %, para los delitos sexuales, referente a criterios adoptados, se tiene que si se aplican dichos criterios conforme a los porcentajes presentados para cada ítem: Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal, Proximidad de la edad de la agraviada a los

catorce años de edad, Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo y diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

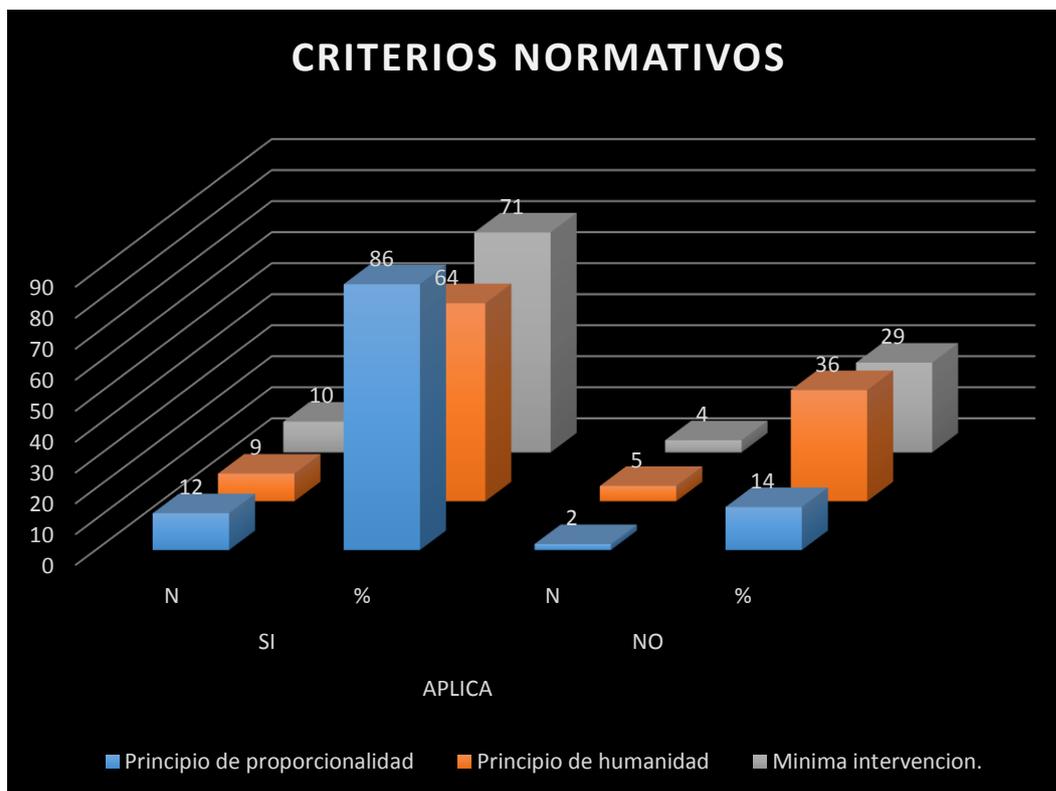
TABLA 6. CRITERIOS NORMATIVOS A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN – JULIACA, RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

Criterios	APLICA				Total	
	SI		NO			
	N	%	N	%	N	%
Principio de proporcionalidad	12	86	2	14	14	100
Principio de humanidad	9	64	5	36	14	100
Minima intervencion.	10	71	4	29	14	100

FUENTE: Legajo de Sentencias: Acuerdo Plenario N°0004- 2008/CJ-116, Casación N° 335-2015-Santa, Exp. 1618-2016-Lima Norte, Exp. 832-2012-Puno, Exp. 1082-2015/San Román, Exp. 0008-2014/San Román, Exp. 2359-2015/San Román, Exp 1144-2012/San Román, R.N. N° 1610-2013-Lima Norte, Exp. 13848-2016/Huara, Casación 336-2016/Cajamarca, Exp. 01847-2013-HC/TC, Exp 00751-2010-HC/TC, Casación 403-2012/Lambayeque.

ELABORACIÓN: El ejecutor.

FIGURA 5. RESPECTO A LOS CRITERIOS NORMATIVOS A TENER EN CUENTA EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS JUZGADOS PENALES Y SALA PENAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN – JULIACA



Fuente: Tabla 06

Elaboración: El ejecutor.

Interpretación:

De un total de 14 sentencias observadas en los Juzgados Penales y Sala Penal de Apelaciones de la Provincia de San Román – Juliaca, que representa el 100 %, referente a criterios normativos, se tiene que si se aplican dichos criterios conforme a los porcentajes presentados para cada ítem: principio de intervención cuya aplicación se da en 12 sentencias que representa un 86 % en las que si aplica dicho criterio normativo frente a 4 sentencias que representa el 14% las cuales no se aplica el criterio normativo del principio

de intervención, referente al principio de humanidad si se aplica en 9 sentencias que representa 64% frente a 5 sentencias en las que no se aplica que representa 36% y finalmente el criterio normativo de mínima intervención, en la cual 10 sentencias si aplican dicho criterio representando el 71%, frente a 4 sentencias que representa el 29 % en las que no se aplica dicho criterio normativo de mínima intervención.

4.2. OBJETIVO ESPECIFICO II: IDENTIFICAR CUÁLES SON LAS FUENTES DOCTRINARIAS QUE SUSTENTAN Y SE Oponen A CONSIDERAR LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA COMO ATENUANTE PRIVILEGIADA.

4.2.1. FUENTES DOCTRINARIAS

4.2.1.1. EL FINALISMO:

Frente a la teoría causal de la acción, levanta Welzel la teoría finalista de la acción. La acción humana es, afirma, un acontecimiento «finalista y no solamente «causal». *Omneensmtélligensagitproptfinem*. El hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las posibles consecuencias de una actividad, proponerse objetivos y dirigir su conducta según un plan tendente a conseguirlos. La finalidad es, pues, un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad es la simple resultante de los componentes o factores circunstancialmente concurrentes.

Por eso, expresa Welzel con frase gráfica, la finalidad es la causalidad es «ciega».

La teoría de la acción finalista afirma rotundamente que no sólo la especial intención o motivación del autor, sino todo el dolo, debe pertenecer al injusto, pues la intención, por ejemplo, de apropiarse una cosa ajena (elemento subjetivo de la antijuricidad en el hurto) sólo puede tenerla el que proceda dolosamente hacia esta dirección. Ahora bien;

si el dolo pertenece a la antijuricidad y, ello no obstante, el elemento culpabilidad subsiste con independencia.

- Los fundamentos metodológicos

La existencia de las estructuras lógico-objetivas mencionadas por Welzel –la estructura finalista de la acción humana, la relación lógico-objetiva de la participación con una conducta dolosa del autor y la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad, que obliga a conceder relevancia al error de prohibición– así como su carácter vinculante para el legislador, si quiere anudar consecuencias jurídicas a las acciones y a la culpabilidad, fueron muy pronto reconocidas en España por el filósofo del Derecho LegaiLacambra y varios penalistas.

POSTULADOS:

- El «finalismo» es un concepto tocante a los elementos estructurales generales del delito. Se ocupa, por tanto, de la parte fáctica de un derecho penal de hecho. Por el contrario, es independiente de las teorías de la pena y de la política criminal. Sin embargo, adquiere relevancia para estas últimas en la medida en que determina con precisión los requisitos generales del delito (p. ej., acción, dolo, imprudencia, culpabilidad, etc.) resultantes de los principios fundamentales que rigen para el mismo (derecho penal del hecho, principio de culpabilidad, etc.), y con ello marca límites frente a la expansión y la arbitrariedad de la legislación y la jurisprudencia.

- El Finalismo como criterio o corriente procesal para ubicar la culpabilidad del sujeto y la consecuente imposición de la pena, parte de la Teoría del jurista alemán Hans Welzel quien en el año de 1930 realiza una crítica del sistema causalista diciendo que el ubicar la acción en forma causal es una forma ciega de observar el delito aduciendo que es una forma ciega por que el causalismo se reduce a causa-efecto sin tener en cuenta la

finalidad de la acción. En el año de 1931 Hans Welzel estableció que el delito parte de una acción pero tiene una finalidad o un fin, es decir el delito basa su creación en una relación ético-social en donde en primer plano se encuentra la culpabilidad como elemento del delito, debiéndose medir y tomar en cuenta la peligrosidad del individuo en relación a su culpabilidad de ahí que la teoría finalista hace un análisis de la culpabilidad del delincuente tomando en cuenta el fin o fines de la acción del delincuente; ésta ideología recibe el nombre de finalista por que atiende principalmente al estudio técnico - jurídico sobre la finalidad del delincuente para cometer el delito. Esta teoría, en cuya ideología intervinieron juristas como Hellmuth Von Weber, Alexander Graf ZuDohnaHellmut Mayer, revolucionó el pensamiento penal de la época siguiendo la idea varios juristas como Nicolai Hartmann y Richard Konnigsberg. Hans Welzel en base a ésta teoría saca de la culpabilidad el elemento de la forma (2° elemento) que representa al dolo y la culpa, trasladándolo a la acción como consecuencia natural y, toda vez que en ésta teoría la acción pertenece al tipo, tanto el dolo y la culpa se deberán tomar en cuenta al estudiar la conducta y el tipo, no obstante que el causalismo consideraba al dolo como elemento de la culpabilidad. Esta escuela basó su ideología principalmente en la psicología y la fenomenología como elementos preponderantes en el actuar humano. Esta escuela, que para los doctrinarios y estudiosos de la Teoría del Delito se ha dividido en finalismo ortodoxo, finalismo radical, finalismo formal, finalismo material y finalismo valorativo, tuvo su total desarrollo en Alemania desde el año 1930 hasta el año 1970, habiendo sido interrumpido su camino entre los años 1933 y 1945 aproximadamente por haber imperado en esos años en Alemania otra escuela llamada del “Irracionalismo Jurídico” o de la “Escuela de Kiel” sustentada por juristas como Georg Dahm, Friedrich Schaffstein y Edmundo Mezger. La teoría finalista expone dos diferentes fases en su estudio aduciendo que para que un

individuo pueda ser castigado en base a su demostrada culpabilidad deben de tomarse en cuenta diversos aspectos tanto internos como externos de la conducta del individuo.

Para la teoría finalista es esencial el estudio minucioso de cada uno de los elementos integrantes del tipo como lo son:

- a) Los elementos Objetivos.
- b) Los elementos Subjetivos.
- c) Los elementos normativos.

- Basando lo anterior en la teoría alemana de la Tipicidad iniciada en el año de 1906 por el jurista alemán Ernst Von Beling, la teoría finalista señaló que sobre todo estudio de la culpabilidad deberán analizarse dos fases en la conducta del hombre que son: la fase externa y la fase interna.

- Conducta.
- Fase Interna Fase Externa
- Objetivos y propósitos -Ejecución de los medios
- Medios Empleados -Resultado previsto
- Posibles consecuencias -Nexo causal.

- Por otro lado la escuela Finalista funda su razón de ser en la subjetividad del acto y que corresponde a la fase interna (el pensamiento del individuo), analizando los motivos y finalidades del delincuente para poder deducir de ahí la culpabilidad del sujeto en base a la realización de un hecho. Por tal motivo ésta escuela se basa totalmente en la teoría del Tipo y sus elementos como condición para que pueda establecerse la culpabilidad; esto es, que ésta teoría exige el estudio dogmático-jurídico de cada uno de los elementos del tipo analizados en la relación del hecho delictivo en particular para poder establecer la culpabilidad sobre una persona. Haciendo una comparación entre la escuela Causalista y Finalista.

- Para el Finalismo es necesario además de tenerse por comprobado el elemento objetivo el tipo, que se tengan comprobados también los elementos normativos y subjetivos como por ejemplo todos aquellos hechos que se encuentran vinculados a la antijuridicidad. Que deberán ser valorados en base a las características del hecho delictivo, así como de aquellos supuestos que hacen determinar la voluntad del sujeto activo para actuar con intención, dolo o culpa. Lo que da como consecuencia que ésta escuela finalista funda su razón de ser en la subjetividad del acto analizando los motivos y finalidad en el actuar del delincuente para poder deducir de ahí la culpabilidad sobre la persona. En consecuencia, y por los motivos antes expuestos, ésta escuela se basa totalmente en la teoría del Tipo y sus elementos como condición para que pueda establecerse la Culpabilidad, ésta teoría exige el estudio dogmático jurídico de cada uno de los elementos del Tipo analizados en relación al hecho delictivo en particular para poder establecer Culpabilidad. En México en la década de los años ochenta, derivado de la teoría del tipo y la corriente finalista se elabora una doctrina nueva acerca del tipo penal por investigadores y juristas de la UNAM con auxilio de la lógica-matemática. Esta teoría fue realizada por la Dra. Olga Islas y el maestro Elpidio Ramírez con la ayuda de un jurista argentino de nombre Ernesto Raúl Zaffaroni y la valiosa ayuda de un matemático de nombre LianKarp. Ésta teoría inclusive fue expuesta en Alemania y en su momento aceptada, y se basó en una fórmula matemática, específicamente de álgebra en donde cada uno de los factores representaba diferentes aspectos sobre los elementos del tipo los que sumados todos dan un resultado de culpabilidad. Con ésta doctrina se intentó apoyar al finalismo siendo conocida como el “modelo lógico matemático”.
- La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal, sobre la base de su

conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobre determina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que para la causalidad no está dirigida desde el objetivo sino que es el resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso la finalidad es vidente y la causalidad es ciega. (WELSEL, 1951)

- Ahora bien. el verdadero sentido de la teoría de la acción finalista, como debía demostrar todo cuanto antes hemos expuesto, aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitaristas en la ciencia del derecho penal. Por otra parte la dirección finalista de una acción se realiza conforme a tres factores: 1) el objetivo; 2) los medios necesarios para la obtención de ese objetivo; 3) las consecuencias secundarias forzosamente ligadas al empleo de los medios. (WELSEL, 1951)

4.2.1.2. EL POPULISMO

En las últimas décadas se incorporó al debate la perspectiva del populismo punitivo como concepto que denota las medidas represivas alimentadas por la demagogia de la inseguridad y el miedo. El miedo al otro ha sido siempre un recurso del poder político: puede producirlo él mismo, como en los regímenes abiertamente autoritarios, o servirse de él, secundándolo o alimentándolo con objeto de obtener consenso y legitimación (FERRAJOLI, 2011).

La función asignada al castigo en el populismo punitivo está vinculada a intereses electorales, como el reconocimiento de la medida como adecuada y eficaz frente a la

inseguridad, pero deja sin resolver el fin de prevención y no reconoce los límites que supone aceptar alguna de las doctrinas de justificación (CANCIO / JAKOBS, 2003).

Como expuso hace tiempo Goldschmidt los principios de la política criminal de un país constituyen precisamente el termómetro por el que se mide el carácter democrático o no de su ordenamiento jurídico. Y lo cierto es que estas políticas populistas responden a una ideología neo-autoritaria de corte antidemocrático (MIRANDA, 2007), que se fundamentan -escudan- bajo políticas de prevención y seguridad, que no obstante carecen de un análisis criminológico objetivo de la realidad, en cuanto a la problemática de inseguridad ciudadana.

A.- DEFINICION Y ETIMOLOGIA

Es un vocablo de suma ambigüedad, ampliamente empleado, y definido por la Real Academia Española como "Tendencia política que pretende atraerse a las clases populares". Posiblemente el primer movimiento político con esa denominación fue el *narodnik* (como adjetivo, *narodnichestvo* como sustantivo) ruso del siglo XIX.

El populismo se caracteriza por un fuerte liderazgo de un sujeto carismático, propuestas de igualdad social y movilización popular. También es importante señalar la simplificación dicotómica y el claro predominio de los argumentos emocionales sobre los racionales.

En muchos casos, el término populismo se usa de forma peyorativa, en sí mismo no implica que el régimen pertenece a la derecha o la izquierda sino que describe otros aspectos como la falta de planificación económica.

Entendemos por populismo a una clasificación otorgada a un conjunto de medidas tomadas por un gobierno o partido, siendo considerada una de las principales formas de demagogia. Entre sus principales características se encuentra el uso de las masas populares, mediante políticas engañosas que aparentan solventar y cambiar su situación de clase, cuando no hacen más que dar soluciones paliativas, en el mejor de los casos, con fin de obtener votos y perpetuarse en el poder. Presenta un fuerte estatismo, el populismo necesita de un Estado poderoso que provea, controle y administre la economía de una manera casi total. Este es uno de los principales motivos por el cual obtiene un gran rechazo por parte de los sectores privilegiados de la sociedad, promotores de un capitalismo más liberal y salvaje.

Definido como la doctrina política que se proclama defensora de los intereses aspiraciones del pueblo, el populismo punitivo ha penetrado con fuerza arrolladora en los espacios de la justicia y su pretexto de sosegar los efectos de la inseguridad ciudadana y la poca confianza en la efectividad del aparato judicial, ha logrado expandir el derecho penal, desquiciar el sistema de juzgamiento, socavar el espíritu garantista de las normas y acomodarlo a interpretaciones arbitrarias y restrictivas, ostensibles en la actuación de un amplio sector de fiscales y en las desconcertantes providencias de algunos jueces y magistrados.

El populismo penal promueve, desde el Gobierno y el Parlamento obviamente sin previos estudios de política criminal, pero con gran incidencia en el nivel político electoral, la expedición de leyes impróvidas, incongruentes, irracionales, para aumentar penas, crear delitos, reducir beneficios, privatizar la justicia y de contera desestructurar

el modelo procesal, soslayar derechos, menoscabar garantías y vulnerar el debido proceso acusatorio.

B.- POSITIVISMO EN SENTIDO NEGATIVO

El populismo con una «significación peyorativa», es el uso de «medidas de gobierno populares», destinadas a ganar la simpatía de la población, particularmente si esta posee derecho a voto, aun a costa de tomar medidas contrarias al estado democrático. Sin embargo, a pesar de las características anti institucionales que pueda tener, su objetivo primordial no es transformar profundamente las estructuras y relaciones sociales, económicas y políticas (en muchos casos los movimientos populistas planean evitarlo) sino el preservar el poder y la hegemonía política a través de la popularidad entre las masas.

En sentido general, sectores socialistas y comunistas han utilizado el término «populista» para definir a los Gobiernos que aun favoreciendo a los «sectores populares» (principalmente a la clase obrera) no pretenden terminar con el sistema capitalista.

Tanto la economía Keynesiana, como una posición crítica de la política exterior de Estados Unidos han sido prácticas sustanciales del populismo latinoamericano, tanto de los años 1930-1950, como la más reciente ola de la «nueva izquierda» de los 2000. En el caso europeo de los 2010, la crítica principal es a la hegemonía y dominio de los intereses políticos alemanes y el sector financiero global.

La crisis de la representación política es una condición necesaria pero no una condición suficiente del populismo. Para completar el cuadro de situación es preciso introducir otro factor: una «crisis en las alturas» a través de la que emerge y gana protagonismo un liderazgo que se postula eficazmente como un liderazgo alternativo y ajeno a la clase política existente. Es él quien, en definitiva, explota las virtualidades de la crisis de representación y lo hace articulando las demandas insatisfechas, el resentimiento político, los sentimientos de marginación, con un discurso que los unifica y llama al rescate de la soberanía popular expropiada por el establecimiento partidario para movilizarla contra un enemigo cuyo perfil concreto si bien varía según el momento histórico «la oligarquía», «la plutocracia», «los extranjeros» siempre remite a quienes son considerados como responsables del malestar social y político que experimenta «el pueblo». En su versión más completa, el populismo comporta entonces una operación de sutura de la crisis de representación por medio de un cambio en los términos del discurso, la constitución de nuevas identidades y el reordenamiento del espacio político con la introducción de una escisión extrainstitucional.

Desde un punto de vista opuesto, los sectores conservadores han utilizado el término «populista» para definir a los gobiernos que presentan los intereses de las clases económicamente más altas (grandes grupos económicos, etc.) como separados y contrarios a los de las más bajas consideradas como una mayoría permanente con intereses homogéneos autoevidentes que no requerirían así del pluralismo político, destruyendo la posibilidad del disenso político y del crecimiento económico por vías privadas.

C.- EN SENTIDO POSITIVO

Varios movimientos sociopolíticos a través de la historia mundial moderna han pretendido que «el pueblo» es decir, los agricultores y campesinos, los obreros, los pequeños empresarios, el bajo clero, las clases profesionales (médicos, maestros, profesores, contables, ingenieros, empleados públicos, etc.) sea quien ostente el poder en los estados democráticos, en contra así de las élites o clases dominantes.

Estos movimientos populistas se han basado en las ideas políticas de la cultura autóctona sin necesariamente reivindicar el nacionalismo, y oponiéndose siempre al imperialismo. Ejemplos de este tipo han sido el populismo ruso y el populismo estadounidense del siglo XIX (este último llamado también «productivismo»); el cantonalismo español; el agrarismo mexicano; y los carbonarios italianos. Pueden estar influenciados (o no) por una o varias ideologías o proyectos políticos definidos, sin embargo normalmente no se adhieren a ellos de forma explícita.

En su crítica de la novela Todos los hombres del rey, del premio Pulitzer Robert Penn Warren, Esteban Hernández hace un interesante análisis de la relación entre populismo y aristocracia. Hernández sostiene que mientras en los países menos desarrollados, el populismo va de la mano con la lucha contra el hambre, el aumento de impuestos a los ricos, y la supeditación del mundo empresarial a la política, tal como fue planteado por Franklin Delano Roosevelt en Estados Unidos con el New Deal. Hernández señala que, en esos países, el populismo definiría una alternativa a la aristocracia mucho más probable que el comunismo, y que por esa razón ha sido (y es) denostado por los sectores conservadores. También se considera que un Gobierno populista es aquel que no promueve un mayor acercamiento a Estados Unidos.

D.- CARACTERÍSTICAS DEL POPULISMO

Otro punto a tener en cuenta sobre el populismo es su carácter dicotómico. Con un lenguaje político muy pocas veces conciliador, llama a las masas a unirse contra los intereses de cierto sector social (la burguesía u oligarquía, preferentemente). Presentan una visión de desconfianza y generalmente de rechazo ante las entidades financieras internacionales, tales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial.

Esto se ve principalmente acentuado en países latinoamericanos, donde encontramos deudas externas muy altas y que han generado estragos a nivel social a lo largo de toda su historia. Este carácter dicotómico y su lenguaje político agresivo suelen generar ciertas reticencias entre la sociedad y agrupaciones políticas, ya que argumentan un atentado contra el carácter democrático y dialógico de la política moderna.

Asociado generalmente al nacionalismo, el populismo se plantea como una variante de carácter generalmente autoritaria, donde el líder debe ser carismático y movilizar a las masas. Debido a esto, el populismo se presenta como un peligro para la democracia.

4.2.2. JURISPRUDENCIA:

4.2.2.1. Acuerdo Plenario N° 4-2008/Cj-116

La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso

Considerando 10,- Igualmente de be establecerse si para los casos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del código sustantivo con el principio derecho fundamental de igualdad ante la ley.

El art. 22 del C.P., modificado por la ley numero veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: “ podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho o menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción. Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función del delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Asiesta excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual (...) y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobanda una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplico dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaro que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez un carácter vinculante y por ende, si clausura la discusión judicial.

Considerando 11.-

El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra ley fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva. No corresponde al pleno jurisdiccional penal adoptar un acuerdo vinculante pronunciándose

sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues por sus efectos, invadiría las atribuciones exclusivas del tribunal constitucional y restaría competencia a la sala constitucional de este supremo tribunal.

El control difuso, como ya se notó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la sala constitucional de la corte suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no solo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha sala jurisdiccional de la corte suprema. Y la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22 de la ley orgánica del poder judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del código penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente, que impide un resultado jurídico legítimo.

4.2.2.2. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, establece como doctrina jurisprudencial vinculante, el Expediente N° 1618-2016, elevada en consulta, en el que señala.-

Que ante un tratamiento jurídico desigual legalmente establecido, compatible con los fines constitucionales de la pena, por lo que la norma en ninguna de sus regulaciones evidencia supuesto de inconstitucionalidad, pues como se tiene señalado, no todo tratamiento jurídico diferente concluye en un trato discriminatorio, pues en principio, no toda distinción de trato es ofensiva a la dignidad humana, sino cuando ella carece de justificación objetiva y razonable; existiendo desigualdades de hecho que legítimamente se traducen en desigualdades de tratamiento jurídico, manteniendo la norma la presunción de constitucionalidad en abstracto; (...) de tal forma que la norma legal (segundo párrafo del artículo 22 del código penal), al establecer un trato diferenciado entre diferentes, no pierde la presunción de constitucionalidad al no evidenciar vulneración del principio de igualdad, por lo que se desaprueba la sentencia consultada.

COMENTARIO:

El segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, excluye la aplicación de la responsabilidad penal restringida cuando se trata de reincidentes de los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas (primer párrafo), o cuando el agente es un integrante de una organización criminal, o cuando se cometen cualquiera de los siguientes delitos: “Violación de la libertad sexual, Homicidio calificado, Homicidio calificado por la condición Oficial del Agente, Femicidio, Extorsión, Secuestro, Robo agravado, Tráfico Ilícito de drogas, Terrorismo, Terrorismo agravado, Apología, Atentado contra la Seguridad Nacional, Traición a la patria, y cualquier otro delito

sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”.

Sin embargo esta distinción del tratamiento de a que delitos no corresponde atender a la responsabilidad penal restringida, a pesar de que el autor tenga entre 18 a 21 años, resulta ser una discriminación, y como tal resulta ser inconstitucional. Al respecto, se tiene al finalismo como fuente doctrinaria el mismo que pone filtros para determinar la responsabilidad por cuanto es necesario tenerse por comprobado el elemento objetivo del tipo, que se tengan comprobados también los elementos normativos y subjetivos como por ejemplo todos aquellos hechos que se encuentran vinculados a la antijuridicidad. Que deberán ser valorados en base a las características del hecho delictivo, así como de aquellos supuestos que hacen determinar la voluntad del sujeto activo para actuar con intención, dolo o culpa. Lo que da como consecuencia que ésta escuela finalista funda su razón de ser en la subjetividad del acto analizando los motivos y finalidad en el actuar del delincuente para poder deducir de ahí la culpabilidad sobre la persona. En consecuencia, y por los motivos antes expuestos, ésta escuela se basa totalmente en la teoría del Tipo y sus elementos como condición para que pueda establecerse la Culpabilidad, ésta teoría exige el estudio dogmático jurídico de cada uno de los elementos del Tipo analizados en relación al hecho delictivo en particular para poder establecer Culpabilidad, de tal forma esta doctrina apoya la atenuación por responsabilidad restringida toda vez que pone filtros para determinar la culpabilidad del agente activo.

Ahora bien respecto a la doctrina que se opone tenemos al populismo quien postula, el uso de «medidas de gobierno populares», destinadas a ganar la simpatía de la población,

particularmente si esta posee derecho a voto, aun a costa de tomar medidas contrarias al estado democrático. Sin embargo, a pesar de las características anti institucionales que pueda tener, su objetivo primordial no es transformar profundamente las estructuras y relaciones sociales, económicas y políticas, sino el preservar el poder y la hegemonía política a través de la popularidad entre las masas, en consecuencia apoya a la aplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, puesto que esta doctrina busca castigar conductas reprochables con penas altas, sin embargo estas formas de sanción no siempre son las adecuadas y justas ya que existen otras maneras de contrarrestar dichas conductas.

4.3. OBJETIVO ESPECIFICO III: DETERMINAR LA RESTRICCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA COMO ATENUANTE PRIVILEGIADA ESTABLECIDA EN EL D. LEGISLATIVO 1181 Y SU VULNERACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES.

APLICACIÓN DEL TEST DE CONSTITUCIONALIDAD

4.3.1. ANALISIS DE LA VULNERACION DE NORMAS CONSTITUCIONALES:

4.3.1.1. Determinación del ámbito normativo del derecho, principio y/o garantía fundamental

Principio de igualdad.

4.3.1.1.1. Determinación del contenido del derecho, principio y/o garantía fundamental

El artículo 24 de la Convención consagra el principio de igualdad ante la ley. Así que no importara las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es por sí mismo discriminatorio, en el sentido que establece la Convención.

- El principio de igualdad y no discriminación no ha generado mucha jurisprudencia por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. Sin embargo, no por ello se pueden pasar por alto las importantes contribuciones que ambos órganos han realizado, ni algunas de las discusiones teóricas que ellas generan. De las múltiples aristas de análisis alrededor del principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia interamericana, nos detendremos en dos temas que no han sido suficientemente estudiados. Analizaremos los motivos prohibidos de discriminación contenidos en la Convención Americana y en la interpretación que de ellos se ha hecho. Una vez determinada la existencia de un listado de criterios prohibidos de discriminación, analizaremos cuál es el estándar que la Corte y la Comisión utilizan o deberían utilizar frente a las distinciones basadas en ellos.

En particular, exploraremos si el estándar debe ser más estricto que el aplicado frente a otras distinciones no expresamente prohibidas por el texto convencional

Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *juscogens*.

a. Contenido del derecho: El derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual por parte del Estado. En consecuencia, todo trato diferente está prohibido. Este trato desigual de los iguales se conoce como discriminación. Sin embargo, la realidad demuestra que existen una serie de desigualdades en la sociedad, lo que obliga a adoptar medidas orientadas a lograr que el derecho a la igualdad no se agote en su reconocimiento formal (igualdad formal), sino que existan iguales oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales por

parte de todas las personas (igualdad material). Estas medidas pueden implicar un trato desigual, lo que no es considerado como una discriminación sino una diferenciación. Lo dicho hasta aquí puede ser sintetizado de la siguiente manera: El derecho a la igualdad implica el trato igual entre los iguales. La discriminación implica un trato desigual entre los iguales. La diferenciación implica un trato desigual entre los desiguales.

b. LA IGUALDAD ANTE LA LEY: La discriminación por parte del Estado puede manifestarse de diferentes formas. Una de éstas consiste en la expedición de normas jurídicas con un contenido discriminatorio. En tanto ha sido una de las formas más comunes de discriminación, existe un reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley, que en algunos casos se aborda de manera conjunta con el derecho a la igualdad y en otros de forma autónoma.

c. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El Artículo 2° inciso 2° de la Constitución de 1993 aborda el tema del derecho a la igualdad de la siguiente manera: Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Como se aprecia, este Artículo sólo hace referencia a dos aspectos relacionados con el derecho a la igualdad: el derecho a la igualdad ante la ley; y la prohibición de discriminación. Existen en consecuencia importantes omisiones y deficiencias en la forma en que actualmente se reconoce el derecho a la igualdad en el ámbito constitucional. Estas son: no existe un reconocimiento general del derecho a la igualdad, sino sólo una referencia al derecho a la igualdad ante la ley, que es una de sus manifestaciones; no existe una mención a la obligación del Estado de adoptar medidas a efectos de lograr una igualdad material, a favor de las personas que se encuentran en una situación de desigualdad. Si bien estas omisiones no impiden que en los hechos la

jurisprudencia precise los alcances del derecho a la igualdad o que los órganos del Estado adopten medidas tendientes hacia una igualdad material, sería adecuado que el texto constitucional desarrolle en forma más adecuada ambos aspectos, pues constituye siempre la referencia inicial para que las personas tengan un conocimiento adecuado sobre el contenido y los alcances del derecho a la igualdad

3.1.2. ¿El contenido de la modificación legislativa supone una intervención en el ámbito normativo del derecho, principio y/o garantía fundamental?

SI.

Porque el segundo párrafo del artículo 22 del código penal integrado por el decreto legislativo N° 1181, afecta el derecho a la igualdad generando una diferencia entre imputados por la naturaleza del delito, de tal forma que se está incurriendo en discriminación, puesto que el derecho a la *igualdad ante la ley y en la ley* constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias.

En el plano de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que esta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el operador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas” (RUBIO LLORENTE, 1995)

Las diferencias que corresponden a otros ámbitos ajenos al núcleo duro (condiciones subjetivas de la igualdad) como son las condiciones objetivas, pueden ser regulados por el legislador, pero estas diferenciaciones de tratamiento de personas o grupos de personas deben estar justificadas racionalmente. La discriminación, la diferencia arbitraria, se encuentra en oposición a la justicia, siendo inconstitucional y contraria a

los derechos humanos. Así surge también en el derecho internacional de los derechos humanos el **principio de no discriminación** como uno de los derechos más básicos del ser humano, el cual ha sido elevado a la categoría de *iusCogens*, el que prohíbe toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o desproporcionados. Es así que la discriminación es entendida como una diferencia arbitraria, es la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable, asimismo, es el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado.(RABOSSO, 1990)

Ahora bien el legislador debe tratar igual a las personas que se encuentran en situaciones e hipótesis jurídicas iguales y debe tratar diferenciadamente a quienes se encuentran en situaciones o hipótesis jurídicas diferentes. La igualdad consiste así en una relación, la que debe ser justa, ajena a toda arbitrariedad o diferenciación sin justificación racional y razonable.

Así surge el principio o regla en materia de igualdad ante la ley de que las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente, siendo inconstitucional tratar igualmente a hipótesis jurídicas diferentes, como asimismo, es inconstitucional tratar diferentemente a quienes se encuentran en una misma hipótesis jurídica. Estos principios habilitan al legislador para establecer preceptos legales referentes a diferentes hipótesis jurídicas que afectan a grupos humanos diversos atendiendo las particularidades de cada situación concreta. Así la igualdad ante la ley tutela a las personas frente a los eventuales privilegios, a los actos y

normas discriminatorias o sin fundamento racional o justo, así como ante las eventuales irracionalidades del mismo ordenamiento jurídico.

En una sentencia del Tribunal Constitucional español, N° 144 de 1988, se establece lo siguiente: "El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria".

Haciendo un análisis respecto a la arbitrariedad, en la sentencia antes señalada se advierte que, en estos casos la igualdad se vulnera cuando no se encuentra una razón objetiva para establecer una regulación jurídica diferenciada, por lo cual dicha regulación jurídica debe ser considerada arbitraria.

No obstante es preciso señalar que existen dos modalidades de discriminación una primera es el criterio de *discriminaciones de iure y el otro es la discriminación de facto*. La primera se produce en el contenido de las normas jurídicas y puede hablarse de discriminación en el contenido de la norma jurídica, vale decir, si los criterios que utiliza la ley para distinguir están justificados y son razonables o no. La discriminación de facto se produce como consecuencia de la aplicación de la norma jurídica, sin que los

preceptos jurídicos en sí mismos sean necesariamente discriminatorios, en otras palabras hay discriminación de facto cuando la norma jurídica no se aplica imparcialmente a todas las personas que se encuentran en la misma hipótesis; y es por ello que la igualdad en la aplicación de la ley implica una obligación para todos los órganos estatales mediante el cual no pueden aplicar la ley de manera diferente a personas que se encuentran en supuestos sustancialmente iguales. (LOPEZ GUERRA, 1978)

En consecuencia el primer párrafo del artículo 22 del código penal establece que podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterativa en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo y 124, cuarto párrafo; sin embargo el segundo párrafo del artículo 22 incorporado por el decreto legislativo N° 1181, precisa exclusiones a la reducción de la pena para los agentes integrantes: “de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”. De tal forma que el segundo párrafo del artículo 22 del código penal establece un tratamiento diferenciado en la ley al crear una posibilidad para algunos agentes con imputabilidad restringida, supuesto normativo que se vincula y sustenta en los fines de la pena.

Es así que reiteramos, que la norma que prevé la reducción de la pena, en si no es una norma universal e igualitaria para todos los supuestos de imputabilidad restringida, sino que, contiene distinciones al establecerla como “posibilidad”, lo cual significa que todos los agentes con imputabilidad restringida no se les podrá reducir la pena, ello dependerá de las particularidades del agente y del caso, evaluadas y motivadas en decisión del juez. **En consecuencia la norma en cuestión, si contiene un tratamiento desigual;** a) desde la consideración de imputabilidad restringida; b) del beneficio de reducción de la pena para algunos agentes con imputabilidad restringida, creando un excepción a la vinculación a la pena legal prevista para todos los casos; c) respecto al tratamiento diferenciado entre agentes con imputabilidad restringida indistintamente el ilícito cometido, en que la reducción es una posibilidad; d) por la exclusión de los reincidentes, de los integrantes de organizaciones criminal y de los agentes de delitos graves y pluriofensivos, a la posibilidad de reducción de la pena legal. Debemos resaltar que de la excepción creada a la regla general, el segundo párrafo del artículo 22, distingue que algunos agentes que hayan incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado en con la pena privativa de libertad no menor de veinticinco o cadena perpetua, no serán comprendidos en la regla de excepción, manteniendo para ellos la vinculación a la pena legal.

De tal forma que el problema que se plantea en el cuestionamiento de la norma reside en la exclusión a los agentes que estén comprendidos en el segundo párrafo del artículo 22 del código penal, **por lo tanto corresponde examinar si dicha restricción, infracciona la Constitución en relación al derecho a la igualdad.**

Para ello es menester precisar que el principio, el derecho fundamental a la igualdad se encuentra considerado y protegido en los artículo 1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconociendo que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad, que todos son iguales ante la ley, que tienen derecho a igual protección contra todo acto de discriminación; y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asumiendo los Estados el compromiso de respetar los derechos fundamentales y garantizar su pleno ejercicio sin discriminación alguna, al derecho a la igualdad ante la ley con derecho a igual protección de la ley. (DUDH, 1948)

Reconocido en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en dos dimensiones, una la **igualdad como prohibición de discriminación** (por el cual es discriminatorio todo trato diferenciado que atente contra la dignidad de la persona humana, sea por condiciones de superioridad o inferioridad, no obstante no toda distinción de trato puede considerarse violatoria por si misma a la dignidad humana); la segunda, **la igualdad ante la ley** que deriva la concepción de igualdad como prohibición de trato arbitrario (sustenta que la ley se aplica igual a todos los individuos (ETO CRUZ, 2016)

En consecuencia el segundo párrafo del artículo 22 del código Penal tiene un tratamiento desigual al excluir de la responsabilidad restringida (atenuación privilegiada) a todos los agentes que: “sean integrantes de organización criminal, o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato,

extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”; dado que a estos agentes los mantienen en un régimen común constituyendo un trato igualitario con relación a la generalidad de imputados, y uno diferente con relación a otros agentes con responsabilidad restringida, que tiene la posibilidad de acceder a la reducción de pena. Concluyendo así que el segundo párrafo del artículo 22 del código penal integrado por el decreto legislativo N° 1181, constituye untratamiento jurídico desigual, por lo tanto evidencia supuesto de inconstitucionalidad.

4.3.1.3. Determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho, principio y/o garantía fundamental se encuentra justificada:

4.3.1.3.1. Determinar si la intervención es idónea para fundamentar un objetivo constitucionalmente legítimo

4.3.1.3.1.1. Determinar la legitimidad del objetivo

Si bien la Constitución Política del Perú establece que el Poder Legislativo reside en el Congreso de la República y este tiene atribución para dar leyes y resoluciones legislativas, nuestro diseño constitucional otorga al Presidente de la República iniciativa legislativa, pudiendo presentar proyectos de ley para que sean estudiados, discutidos y eventualmente aprobados por el Parlamento. Asimismo es preciso señalar que el documento formal que contiene una propuesta de ley se le denomina iniciativa legislativa o proyecto de ley.

Ahora bien es preciso señalar que, aunque no es una competencia propia del Poder Ejecutivo ejercer la facultad legislativa, el Presidente de la República tiene la facultad de dictar decretos legislativos y decretos de urgencia.

Los decretos legislativos son normas con rango de ley que emanan del Poder Ejecutivo en virtud de una autorización expresa del Congreso de la República mediante ley autoritativa. El Presidente de la República es el único facultado para presentar proposiciones de ley solicitando la delegación de facultades legislativas. No puede solicitarse la delegación de facultades legislativas en materias relativas a la reforma de la Constitución Política del Perú, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto, ni Ley de la Cuenta General de la República.

Los decretos legislativos tienen dos límites, uno temporal y otro material, los cuales deben estar claramente especificados en la ley autoritativa respectiva. El límite material está determinado por el ámbito de las materias establecidas en la ley autoritativa respecto de las cuales no puede excederse el decreto legislativo. El límite temporal está determinado por el plazo previsto en la ley autoritativa para que el Presidente de la República dicte los decretos legislativos.

Los decretos legislativos son aprobados por el Consejo de Ministros y refrendados por el o los ministros a cuyo ámbito de competencia corresponda. El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo dictado. Asimismo, una vez que el decreto legislativo haya sido emitido, el Congreso tiene la atribución de ejercer control sobre él, de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Constitución Política del estado y el artículo 90 del Reglamento

del congreso de la Republica. Para realizar dicho control se toman en cuenta las siguientes reglas:

- a) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicte en uso de sus facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.
- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y, a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.
- c) La Comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días.

En caso se detecte que el decreto legislativo contraviene la Constitución Política o excede el marco de la delegación de facultades otorgado, se recomienda su derogación o su modificación, de ser el caso, sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministros.

Además del procedimiento de control referido, debe tomarse en cuenta que también cabe la posibilidad de aplicar mecanismos de control jurisdiccional posteriores, como el proceso de inconstitucionalidad. En el marco de dicho proceso, la información incluida en la exposición de motivos del decreto legislativo resultaría una herramienta idónea para defender su constitucionalidad y legalidad.

Respecto de las exigencias que deberían observarse en la habilitación que el Congreso de la República otorga al Poder Ejecutivo, el Tribunal Constitucional ha señalado que estas serían las siguientes:

1. Solo puede tener como destinatario al Poder Ejecutivo, quedando excluida la posibilidad de que tal habilitación pueda realizarse a favor de otros poderes del Estado u órganos constitucionales.
2. Tiene que aprobarse por una ley en sentido formal, es decir, a través de una ley ordinaria, aprobada y sancionada por el Parlamento o, en su caso, por su Comisión Permanente.
3. Requiere de una ley que fije o determine la materia específica que se autoriza legislar, de manera que no es admisible las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas; y, a su vez, que ella precise con exactitud el plazo dentro del cual podrá dictarse la legislación ejecutiva delegada.
4. No comprende lo que atañe a la reforma constitucional, la aprobación de tratados que requieran de habilitación legislativa, leyes orgánicas, la Ley del Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República.

Cumplidas todas las formalidades, para la emisión del decreto legislativo se requiere de la aprobación del Consejo de Ministros y el refrendo por los ministros a cuyo ámbito de competencia corresponda su temática

En consecuencia es preciso señalar que el decreto legislativo N° 1181, es legítimo dado que, mediante Ley N° 30336 el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de fortalecimiento de la seguridad ciudadana, lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, por un plazo de noventa

(90) días calendario; ello de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú; con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República; de tal forma que se ha dado el decreto legislativo N° 1181, mediante cual se ha modificado el artículo 22, en consecuencia la norma antes señala es legítima puesto que a ha cumplido el procedimiento establecido.

Asimismo cabe señalar también que el decreto legislativo N° 1181, es legítimo sustancialmente puesto que es respaldado y reconocido por el pueblo y creado en aprobación de una ley de un gobierno legítimo, es más se tiene que la modificatoria del artículo 22 es una norma valida puesto que ha sido emitida por un órgano competente.

4.3.1.3.1.2. Determinar la idoneidad de la medida (modificación legislativa)

Se establece que la medida adoptada no es útil por cuanto agravar las penas no ayuda de ninguna forma a disminuir la delincuencia. De nada sirve la expedición o el agravamiento de las leyes penales si no se cumplen, hasta ahora la criminología no ha logrado probar que la pena de prisión sea más eficaz en generar más bajos niveles de reincidencia que otras sanciones ahora bien, realizando un análisis acerca de la tendencia o el pensamiento de que con un aumento de la penalidad, disminuirá la delincuencia está extremadamente lejos de la realidad. Falsedad o falta de verificación de la ecuación **“más prisión = menos delito”**.

Por otro lado Reducir o eliminar el delito mediante el aumento del uso de la pena de prisión es una solución imposible Con esto simplemente se pone de manifiesto la real imposibilidad de detener el delito exacerbando el uso de la pena de prisión. Es necesario extender la mirada no solo a esta, sino a otro tipo de acciones.

"No estamos yendo por el camino correcto para enfrentar el crimen y, por lo tanto, no estamos ganándole la guerra a la delincuencia. Aumentar las penas a los delincuentes no sirve para nada." Quien lo afirma, Santiago Mir Puig, quien se ha dedicado al estudio de la pena y el delito en el Estado social y democrático de derecho. Todo un tema en un contexto de sociedades cada vez más complejas, donde los ciudadanos se sienten indefensos frente al auge de la delincuencia, a nuevas modalidades de la criminalidad y a un debate por ahora abierto entre los llamados garantistas y quienes reclaman leyes cada vez más duras.

Mir Puig, coincide con quienes sostienen que la eficacia de la pena no está en su gravedad, sino en su certeza. Es decir, lo verdaderamente eficaz es que se aplique el derecho penal, que se detenga a los delincuentes, no que se les aplique más o menos pena. Porque, en general, el delincuente tiene grandes expectativas de no ser descubierto, confía en no ser descubierto. (MIR PUIG, 2008)

Binder quiere dejar bien claro que esta idea de aumentar las penas como medida de prevención de la criminalidad nace como resultado de la presión que le hace el pueblo a las autoridades para frenar la criminalidad y este entiende que cuando las autoridades complacen al pueblo con aumentar penas para prevenir la criminalidad le están vendiendo falsas promesas, ya que las vías para combatir la criminalidad no solamente radican en la penas sino en otros factores de mayor relevancia. (BINDER, 1999)

4.3.1.3.2. Determinar la necesidad de la intervención en el ámbito normativo del derecho, principio y/o garantía

La existencia del segundo párrafo del art 22, no es lo único, ni lo indispensable, ni lo último en aplicación, ya que existe otras formas para que los agentes incurran en este

comprendido no cometan delitos existiendo maneras menos gravosas, como por ejemplo los tratamientos psicológicos, las capacitaciones de concientización humana, etc. Por tanto se concluye que es innecesario el segundo párrafo del art 22°, es más este artículo causa polémica por que condiciona los tipos de delito en los cuales está excluida la aplicación de la responsabilidad penal restringida del agente atendiendo a la edad del agente; entonces, una persona de 18 a 21 años es imputable restringido para unos delitos si, y para otros no, este criterio es inconstitucional.

Ahora bien, existe un amplio consenso en que la mejor manera de combatir la delincuencia es a través de la educación. Una mayor formación de las personas permitiría disminuir la delincuencia. De hecho, estudios empíricos recientes documentan la existencia de una fuerte causalidad negativa entre educación y delincuencia.

4.3.1.3.2.1. Determinar si existen medios alternativos idóneos

Si existen medios alternativos idóneos tales como:

a. La Resocialización:

Entendiendo a la resocialización, en definitiva, es el proceso que busca que una persona pueda reintegrarse a la sociedad. Aquellos que fueron condenados por un delito y estuvieron privados de su libertad a modo de castigo, deben atravesar diversas etapas de resocialización para poder incluirse nuevamente en el sistema.

Cabe resaltar que el proceso evaluativo tiene diversos objetivos, entre ellos según Soria (2005):

Clasificación penitenciaria, en la que se debe tener en cuenta; la personalidad, el historial individual, familiar, social, delictivo, duración de la pena, medio al que

probablemente retornara, recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el éxito del tratamiento. Es importante también separar a los internos que en razón de sus antecedentes o personalidad pueden ejercer una influencia negativa en sus compañeros de detención.

Programación del tratamiento más adecuado para el caso.

Evaluación periódica del tratamiento y revisión del grado penitenciario.

Informe pronóstico final para el otorgamiento de la libertad condicional.

La asistencia psicológica en la prisión es fundamental, ya que muchos de los reclusos tienen trasfondos emocionales muy delicados por alguno de los siguientes motivos, entre muchos otros: vienen de familias en las que se han sentido siempre desplazados y no queridos; han debido abandonar su país a la fuerza por falta de oportunidades; sufren discriminación por cuestiones étnicas; han vivido en la calle durante mucho tiempo; no tienen la suficiente formación como para acceder a un buen trabajo y eso los empuja a sufrir todo tipo de abusos laborales.

b. Sistema de tercios

El profesor Víctor Prado Saldarriaga ha sostenido que la determinación judicial de la pena es un procedimiento técnico valorativo que permite que el órgano jurisdiccional pueda decidir la calidad, extensión y modalidad de ejecución de la pena que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un delito.

Para determinar la pena es necesario que se realicen un adecuado análisis. Este análisis, siguiendo al profesor Prado Saldarriaga, se debe iniciar por identificar la pena básica y, luego, la individualización de la pena concreta, la cual debe realizarse en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso.

Las circunstancias que deben ser evaluadas por el magistrado se encuentra en 3 grupos:

a) las circunstancias genéricas, específicas y elementos típicos accidentales,

- b) las circunstancias agravantes, atenuantes y mixtas, y
- c) las circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.

Es labor del órgano jurisdiccional realizar un análisis de cada una de estas circunstancias a fin de detectar la presencia de varias circunstancias de igual o de distinta naturaleza y efectividad. En esta línea, expone Prado Saldarriaga, que a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor; asimismo, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará el resultado de la cuantificación punitiva hacia un extremo mínimo del espacio punitivo correspondiente al delito cometido.

- **Sobre la pena básica:**

La pena básica se encuentra en función del delito cometido. Son los límites de las penas aplicables: un inicio y un final de la pena señalado por la Ley. Ejemplo: en el delito de robo agravado (art. 189 CP) la pena será de 12 a 20 años. El inicio es de 12 años y el final de 20 años.

Sin embargo, hay situaciones en que nuestro Código Penal no indica el inicio de la sanción. Por ejemplo, en el delito de Asesinato (art. 108 CP) solo se muestra que el inicio de la pena será de 15 años, pero no cuál será el final. En aquellos casos se debe recurrir al artículo 29 CP, el cual señala que el máximo (o final) de la pena será de hasta 35 años.

- **Sobre la pena concreta:**

La pena concreta es la individualización que realiza el Juez dentro de los límites fijados en la pena básica. Siguiendo el ejemplo del delito de robo agravado, le corresponderá al Juez determinar la pena dentro de los 12 a 20 años que señala el Código Penal.

Sin embargo, el magistrado, para determinar la pena concreta debe tener en consideración la presencia de circunstancias (por su naturaleza, por su efectividad o por su relación con la pena conminada) presentes en cada caso.

- **Sobre la determinación de las circunstancias:**

Por su naturaleza

- Comunes o genéricas
- Especiales o específicas
- Elementos típicos accidentales

Por su efectividad

- Atenuantes
- Agravantes

Por su relación con la pena conminada

- Agravantes cualificadas
- Atenuantes privilegiadas

- **Concurrencia de circunstancias**

- i) A mayor número de circunstancias agravantes, existe también mayor posibilidad de la pena a determinarse sea la máxima de la pena básica.
- ii) La pluralidad de circunstancias atenuantes implica que el magistrado se incline hacia el extremo mínimo de la pena prevista.
- iii) Ante la presencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, existe la posibilidad de que la cuantificación de la pena refleje un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, por lo que la pena a imponer se debe encontrar en el intermedio del inicio y la final de la pena básica. (AVALOS, 2015)

- **Lo que también debe tener presente el magistrado para determinar la pena concreta:**

Una vez que el magistrado ha determinado el delito cometido, se conocerá también la pena básica. Luego de ello, debe determinar la presencia de circunstancias en el caso concreto. Conocido todo ello, debe actuar conforme al artículo 45 CP, el cual señala que el Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente, 2. Su cultura y sus costumbres, y 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

Asimismo, el artículo 45-A CP establece que el juez para determinar la pena concreta debe dividir la pena básica en 3 partes; y a partir de allí se evalúan las circunstancias, sean estas agravantes y atenuantes, o agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.



- La determinación de la pena concreta en un caso concreto

Si se comete un delito de robo (art. 188 CP) con los siguientes presupuesto:

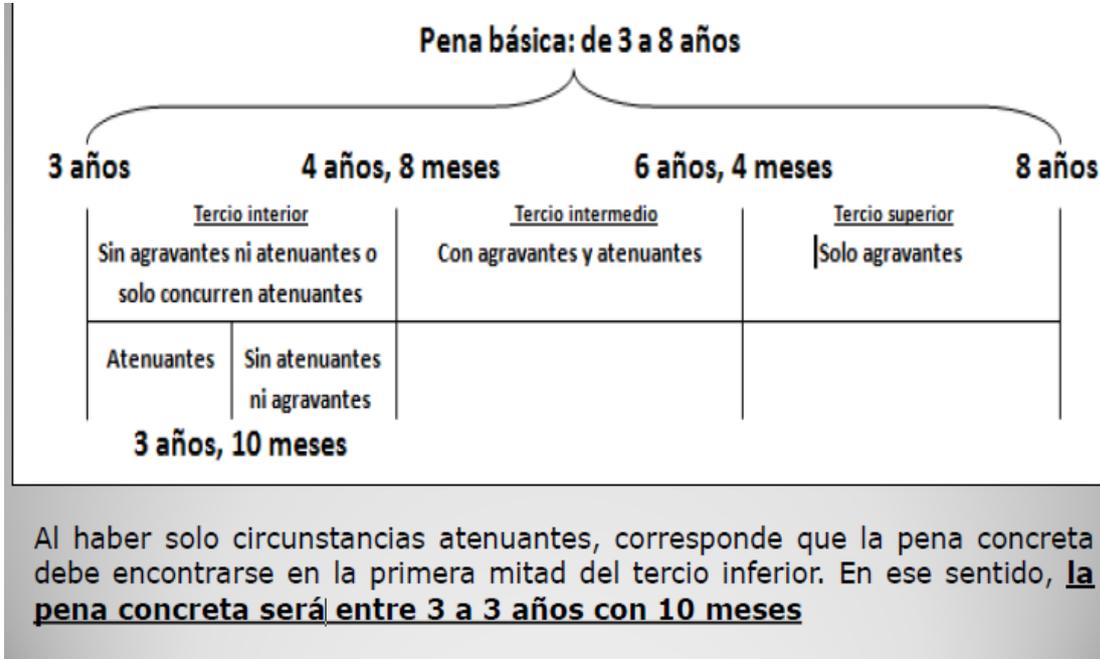
- El agente tiene 19 años al momento que se cometió el hecho, lo cual influyó en el ilícito.
- No tiene la calidad de reincidente o habitual.
- No contaba con antecedentes penales.

Al respecto, para determinar la pena concreta se debe:

- dividir en tercios la pena básica (robo es de 3 a 8 años)
- conocer la existencia de atenuantes. En el caso se encuentran los del numeral a) y h) del inciso 1 del art. 46 CP.

•tener presente que por la edad del agente (19 años), el art. 22 CP señala que podrá reducirse prudencialmente la pena.

Con todo ello, el Juez puede determinar la pena concreta a imponer.



c. POLÍTICAS DE REPARACIÓN

El *Diccionario de la Real Academia Española* refiere que la palabra “reparar” proviene del latín *reparare*, cuya traducción es “desagraviar, satisfacer al ofendido”, y la palabra “reparación” proviene del latín *reparatio*, cuya traducción es desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria.

Hay tres requisitos básicos que deben ser satisfechos antes de poder utilizar una mediación víctima-delincuente:

- El delincuente debe aceptar o no negar su responsabilidad por el delito;
- Tanto la víctima como el delincuente deben estar dispuestos a participar;
- Tanto la víctima como el delincuente deben considerar si es seguro participar en el proceso.

En la mediación víctima-delincuente, a las víctimas de un delito a menudo se les proporciona, conforme sea necesario, ayuda y asistencia y el máximo de información sobre la sanción y la forma de una resolución o de un acuerdo restaurativo. También se les permite decirle al delincuente cómo les afectó el delito y pedirle información sobre el mismo. El proceso de mediación, en lo posible, provoca la reparación y alguna forma de compensación para las pérdidas de las víctimas. El proceso de mediación no siempre implica el contacto directo entre el delincuente y la víctima. Cuando hay contacto directo, la víctima es a menudo invitada a hablar primero durante la mediación, como forma de fortalecerle.

El mediador ayuda a ambas partes a llegar a un acuerdo que satisfaga las necesidades de ambas y proporcione una solución al conflicto. Cuando el proceso ocurre antes de la sentencia, un acuerdo de conciliación mediada entre el delincuente y la víctima puede ser enviado al tribunal y ser incluido en la sentencia o en las condiciones de la orden de aprobación.

El respeto a los derechos humanos requiere la construcción de un sistema de justicia penal justo y eficaz, capaz de controlar la delincuencia dentro de los límites planteados por el Estado de Derecho. La UNODC apoya a los gobiernos en el desarrollo de estrategias para la reforma de todos los aspectos del sistema de justicia penal, con especial énfasis en ayudar a los grupos vulnerables, especialmente mujeres, jóvenes y niños.

La UNODC también trabaja con proyectos sobre justicia de menores, reforma penal y apoyo a las víctimas y a testigos de delitos. Estas acciones resultan en una amplia gama de manuales y herramientas de evaluación (en inglés) que abarcan todas las esferas del

sistema de justicia penal, basadas en normas internacionales y estándares definidos por las Naciones Unidas.

La UNODC desarrolla proyectos y presta asistencia técnica en los siguientes temas:

- Justicia de menores
- Reforma penal
- Reforma de la justicia penal
- Justicia restaurativa
- Alternativas a la prisión
- Apoyo a las víctimas
- Violencia de género
- Monitoreo de desempeño del sistema de justicia penal

Las actividades de proyectos en diferentes países incluyen una serie de intervenciones, tales como:

- Educación y formación
- Consultoría
- Reformas legislativas
- Suministro de recursos a las organizaciones no gubernamentales
- Preparación de informes y manuales sobre las mejores prácticas en el área

4.3.1.3.3. Determinar si la intervención (modificatoria) genera un grado de realización del objetivo legítimo proporcional al grado de afectación del derecho, principio y/o garantía

Respecto a si es justificable la afectación del derecho a la igualdad o que genere un grado de realización al objetivo legítimo proporcional, la respuesta es negativa, por cuanto al verse vulnerado el derecho a la igualdad es decir la discriminación por parte

del Estado al expedirse normas jurídicas con un contenido inútil en su aplicación, existe una afectación innegable del derecho a la igualdad. Al realizar un análisis vemos claramente que al no efectivizarse la política criminal y aun así afectándose al derecho de igualdad no encontramos ningún resultado favorable ni para la efectivización de la política criminal ni menos aún para el principio de igualdad de esta manera vulnerándose fútilmente a tal principio con rango constitucional.

Hemos señalado que el derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual, pues, en caso contrario, estaríamos ante una situación de discriminación. Este mandato se extiende, asimismo, a las autoridades del Estado con potestad normativa, a fin de que no emitan normas que contengan mandatos discriminatorios. El derecho a la igualdad implica, en consecuencia, que las normas deben ser iguales para todos. Sin embargo, en el caso que una norma establezca un trato desigual, ésta deberá ser justificada con la efectividad de la política criminal del Estado, si no justifica y no se tiene una eficacia en la política criminal del Estado esta afectación al Derecho a la igualdad sería inútil.

4.4. CONTRASTACION DE LOS OBJETIVOS DE INVESTIGACION

De acuerdo a lo planteado en el presente estudio y los resultados tenemos los siguientes resultados efectuado el cruce de datos por variables en cada hipótesis.

4.4.1. PARA LA HIPOTESIS ESPECÍFICA I.

“La atenuación de la pena por responsabilidad restringida, segundo párrafo del artículo 22, del D. Legislativo 1181, ha sido legislada en forma regresiva y los jueces la inaplican siendo así esta norma inútil en la expedición de sentencias.”

Se ha analizado con los resultados obtenidos en la presente investigación, que en efecto, la atenuación de la pena por responsabilidad restringido ha sido legislada en forma regresiva y los jueces inaplican la prohibición contenida en el artículo 22° segundo párrafo del Código Penal, ya que vía control difuso es incompatible con la constitución, debido a que vulnera el principio – derecho de igualdad, garantizado en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución del Estado, ello corroborado, con los resultados de la observación de un total de 14 sentencias en Los Juzgados Penales y Sala Penal de Apelaciones de la Provincia De San Román – Juliaca, que representa el 100 % , referente a la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22° segundo párrafo del Código Penal, por el cual se obtuvo que 11 sentencias que representa el 79% inaplican la prohibición contenida en el artículo 22° segundo párrafo, frente a 3 sentencia que representa el 21% que aplica la prohibición contenida en el artículo 22° segundo párrafo. En consecuencia se valida la hipótesis específica I

4.4.2. PARA LA HIPOTESIS ESPECÍFICA II

“Las fuentes doctrinarias que están a favor de considerar la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada, son las teorías finalistas referidas a la capacidad de culpabilidad y las que se oponen están relacionadas al populismo penal”

Se ha identificado con los resultados obtenidos en la presente investigación que, en efecto, la teoría finalista está a favor de considerar a la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada, puesto que esta teoría estudia los elementos estructurales generales del delito. Se ocupa, por tanto, de la parte fáctica de un derecho penal de hecho y es independiente de la política criminal. Sin embargo, adquiere relevancia para este último en la medida en que determina con precisión los requisitos generales del delito (p. ej., acción, dolo, imprudencia, culpabilidad, etc.) resultantes de los principios fundamentales que rigen para el mismo (derecho penal del hecho, principio de

culpabilidad, etc.), y con ello marca límites frente a la expansión y la arbitrariedad de la legislación y la jurisprudencia.

Asimismo se ha identificado con los resultados obtenidos en la presente investigación que, en efecto, el populismo penal se opone a considerar a la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada, ello debido a que el populismo penal alude a la estrategia que despliegan los actores políticos y del sistema penal cuando hay problemas de inseguridad ciudadana y que consiste en calmar el clamor popular mediante apelaciones al aumento de las penas, el endurecimiento de los castigos y una serie de leyes que posteriormente, a la hora de la implementación, no tienen un impacto real en la prevención y disminución del delito. Por cuanto se valida la hipótesis específica

4.4.3. PARA LA HIPOTESIS ESPECÍFICA III

“A partir de un test de constitucionalidad, es posible determinar que la restricción de la aplicación de la responsabilidad restringida establecida por el D. Legislativo 1181, como atenuante privilegiada vulnera normas constitucionales”

Se ha determinado con el test de constitucionalidad que, en efecto, la restricción de la aplicación de la responsabilidad restringida, establecida por el decreto legislativo 1181, vulnera el derecho a la igualdad el mismo que es de rango constitucional, puesto que el segundo párrafo del artículo 22 del código penal integrado por el decreto legislativo N° 1181, constituye un tratamiento jurídico desigual, por lo tanto evidencia supuesto de inconstitucionalidad. Por tanto se valida la hipótesis específica III.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA: Se concluye que la regulación de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida y la aplicación de los jueces en la expedición de sentencias, advirtiéndose que la restricción de la responsabilidad restringida, tipificado en el segundo párrafo del artículo 22 del código penal, ha sido legislada regresivamente debido a que establece un tratamiento diferenciado en la ley al prohibir la posibilidad de atenuación privilegiada solo para algunos agentes, asimismo se ha analizado la aplicación de la responsabilidad restringida de los jueces en la expedición de sentencias, en el que de un total de 14 sentencias observadas en Los Juzgados Penales y Sala Penal de Apelaciones de la Provincia De San Román – Juliaca, que representa el 100 % , referente a la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22° segundo párrafo del Código Penal, se tiene el 79% inaplican la prohibición contenida en el artículo 22° segundo párrafo, y el 21% que no inaplica la prohibición, ya que vía control difuso es incompatible con la constitución, debido a que vulnera el principio – derecho de igualdad, garantizado el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución política del Estado.

SEGUNDA: Se concluye que las fuentes doctrinarias que sustentan y se oponen a considerar la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada, es así que la teoría finalista sustenta a considerar a la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada, dado que estudia los elementos estructurales generales del delito y determina con precisión los requisitos generales del delito, y con ello marca límites frente a la expansión y la arbitrariedad de la legislación y la jurisprudencia. Asimismo el populismo penal se opone a considerar la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada debido a que despliega los actores políticos y el sistema penal cuando hay problemas de inseguridad ciudadana para calmar el clamor popular mediante el aumento

de penas, el endurecimiento de los castigos y una serie de leyes que posteriormente no tienen un impacto real en la prevención y disminución del delito.

TERCERA: Se concluye que la restricción de la aplicación de la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada, establecida en el D. Legislativo 1181, vulnera el principio constitucional de igualdad, ello debido a que el segundo párrafo del artículo 22 del código penal establece un tratamiento diferenciado en la ley, evidenciándose una discriminación por parte del Estado al expedirse normas jurídicas inconstitucionales, es más se ha evidenciado que a pesar de verse afectado el derecho de igualdad, no se ha efectivizado la política criminal vulnerándose vanamente el principio constitucional de igualdad.

VI. RECOMENDACIONES

PRIMERA: resulta urgente y necesario tomar en cuenta los resultados obtenidos, para mejorar nuestro sistema de justicia y expulsar de nuestro ordenamiento jurídico los desatinos que han sido identificados; de tal forma que se recomienda derogar el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, debido a que establece un tratamiento diferenciado en la ley; ahora bien en cuanto a la aplicación de dicha norma por los magistrados, estos no deben aplicar la prohibición de la responsabilidad restringida, dado que para ello existe otras circunstancias como la reincidencia, si se actuó con ferocidad o por lucro, entre otros, al momento de emitir su fallo.

SEGUNDA: Se recomienda no dejarse arrastrar por la fuente doctrinaria del populismo penal ya que ella constituye una estrategia que despliegan los actores políticos y penales para intentar calmar el clamor popular en contra de la impunidad mediante el aumento de las penas, el endurecimiento de los castigos, y una serie de leyes que posteriormente, a la hora de su ejecución, carecen de un impacto real en la prevención y disminución del delito.

TERCERA: Y finalmente se tiene que el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, vulnera el principio – derecho de igualdad es por ello que se recomienda, establecer un Acuerdo Plenario el cual coadyuve a una decisión uniforme que no vulnere el principio a la igualdad en el marco del Constitucionalismo, garantizado en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución del Estado.

VII. REFERENCIAS

1. AVALOS, C. (2015). Determinacion Judicial de la Pena - Nuevos criterios. Lima - Perú: El buho, E.I.R.L.
2. BARNES, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar, Cuadernos de Derecho Público . vol. 5.
3. BINDER, A. (1999). Introduccion al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires - Argentina: AD-HOC S.R.L.
4. CANCIO MELIA, Manuel, JAKOBS, Gunter. (2003). Derecho Penal Del Enemigo. Colombia: Editorial Thompson.
5. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS con ratificación el 10 de diciembre de 1948. Paris – Francia.
6. DUTTI, A. (2012). Clinica Juridica Ii. Calabozo: UNE Romulo Gallegos.
7. ETO CRUZ, G. (2016). Teoría del Amparo. Lima – Perú, Grijley
8. EXP. N° 2876, HC (2015).
9. FERRAJOLI, L. (2011). Poderes Salvajes - La Crisis De La Democracia Constitucional. Madrid - España: Editorial Minina Trotta.
10. GARRIDO Montt, M. (2007). Derecho Penal . Chile: Editorial Jurídica de Chile (4 tomos) (cuarta edición).
11. GRACIA, L. (2015). Lecciones de Consecuencias Jurídicas del delito. Rustica: Tirant lo Blanch.
12. HURTADO POZO, J. (2011). En Manual de Derecho Penal. Parte General. Lima: Tomo I. Cuarta Edición, Editorial IDEMSA,
13. JAKOBS, G. (2003). Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Madrid: Ediciones Juridicas.
14. KÖHLER, S. (1986). Der Begriff der Strafe, .Berlin: Heidelberg.

15. LASALLE, F. (1989). ¿Qué es una Constitución? Barcelona: Edit Ariel, Trad. Wenceslao Roces.
16. LOPEZ GUERRA, L. (1978). igualdad, o discriminación y acción positiva en la constitución española. Madrid: Centro de Estudios Políticos.
17. MIR PUIG, S. (2008). Derecho Penal. Catalan: Aquileana.
18. MIRANDA ESTRAMPES, M. c. (2007). El Populismo Penal. Análisis crítico del modelo penal securitario.
19. ORÉ SOSA, E. (s.f.). Determinación Judicialde La Pena.Reincidencia Y Habitualidad. Piura: PUCP.
20. OTTO, I. d. (s.f.). Sistema de Fuentes.
21. PERMANENTE, S. P. (2016). Casacion N° 335-2015. 15-16.
22. PINEDA, J. (2017). EL proyecto de tesis en derecho, la forma mas facil de hacerlo. Puno: Editorial Altiplano E.I.R.L
23. PRATS, E. J. (2008). Los Peligros Del Populismo Penal. Republica Dominicana: Editorial Grijley.
24. RABOSI, E. (1990). Derechos Humanos: El principio de. igualdad yla discriminación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
25. RUBIO LLORENTE, F. (1995). Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales. España: Ed.Ariel.
26. VIILA STEIN, J. (s.f.). Derecho Penal -Parte General. Lima-Peru: Editorial San Marcos.
27. VILLAVICENCIO TERREROS, F. (s.f.). Derecho Penal - Parte General. Editorial Grijley.
28. WELZEL, H. (s.f.). Teoria Finalista. Universidad Autonoma De Puebla.

29. ZIPF, H. (1994). Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Argentina:
Astrea.

ANEXOS
ANEXO 1

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO- PUNO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANALISIS DOCUMENTAL

I.- IDENTIFICACION DE LA UNIDAD DE ESTUDIO:

II. IDENTIFICACION DEL OBSERVADOR:

III. ÍTEMS DE OBSERVACION:

3.1. Título:

3.2. Autor:

3.3. Fecha de publicación:

3.4. Editorial o fuente:

3.5. Páginas:

3.5. Contenido:

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....



.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

3.6. Observaciones y/o notas:

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....



ANEXO 2

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO- PUNO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TEST DE CONSTITUCIONALIDAD

I. IDENTIFICACION DE LA UNIDAD DE MEDICION:

1.1. Determinación del ámbito normativo del derecho, principio y/o garantía fundamental

.....
.....

1.1.1. Determinación del contenido del derecho, principio y/o garantía fundamental

.....
.....

1.2. ¿El contenido de la modificación legislativa supone una intervención en el ámbito normativo del derecho, principio y/o garantía fundamental?

No. Porque:
.....

Sí. Porque:
.....

1.3. Determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho, principio y/o garantía fundamental se encuentra justificada:

1.3.1. Determinar si la intervención es idónea para fundamentar un objetivo constitucionalmente legítimo

1.3.1.1. Determinar la legitimidad del objetivo

.....
.....



1.3.1.2. Determinar la idoneidad de la medida (modificación legislativa)

.....
.....

1.3.2. Determinar la necesidad de la intervención en el ámbito normativo del derecho, principio y/o garantía

.....
.....

1.3.2.1. Determinar si existen medios alternativos idóneos

.....
.....

1.3.3. Determinar si la intervención (modificatoria) genera un grado de realización del objetivo legítimo proporcional al grado de afectación del derecho, principio y/o garantía

.....
.....

ANEXO 3

PROYECTO DE LEY N°

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA
EL **Artículo 22. Responsabilidad
restringida del decreto legislativo N°
1181.**

I. FORMULA LEGAL

CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 22. RESPONSABILIDAD
RESTRINGIDA - DECRETO LEGISLATIVO N° 1181,**

Artículo 1° Modificación del artículo 22 segundo párrafo del decreto legislativo N° 1181.

Modifíquese el artículo 22 segundo párrafo del decreto legislativo N° 1181, el mismo que queda redactado de la siguiente manera.

(...) "Artículo 22. Responsabilidad restringida

Por la edad Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo. (...)

Artículo 2° Principio de igualdad

El derecho fundamental a la igualdad se encuentra considerado y protegido en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad, que todos son iguales ante la ley, que tienen derecho a igual protección de la ley, y protección contra todo acto de discriminación¹⁶; y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asumiendo los Estados el compromiso de respetar los derechos fundamentales y garantizar su pleno ejercicio sin discriminación alguna, al derecho a la igualdad ante la ley con derecho a igual protección de la ley

Artículo 3º Vigencia.

La presente ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario Oficial El peruano Comuníquese al Señor Presidente de la Republica para su promulgación.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román

SENTENCIA DE VISTA N° 88 - 2016.

EXPEDIENTE : 02359-2015-14-2111-JR-PE-01
CUADERNO : APELACION DE SENTENCIA.
PROCEDE : JUZGADO PENAL COLEGIADO SUPRAPROVINCIAL DE SAN ROMAN – JULIACA.
ASISTENTE : PAUL ARNALDO CUTIPA BLAS.
SENTENCIADO CONDENADO : IVAN MICHAEL LUNA VARGAS.
DELITO : VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD.
AGRAVIADO : MENOR INICIALES E.C.Q.G.

RESOLUCIÓN N° 22-2016

Juliaca, dieciséis de agosto de dos mil dieciséis.-

I.- MATERIA:

01. Resolver la apelación formulada por el imputado Iván Michael Luna Vargas contra la sentencia N° 36-2016, pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de San Román-Juliaca, contenida en la resolución N° 14-2016, de fecha 04 de mayo de 2016, que obra de folios 104-132 del cuaderno de debates, que **falla condenando** al imputado **Iván Michael Luna Vargas**, como **autor** del delito Contra la Libertad, en su modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de Violación Sexual de Menor de Edad previsto y sancionado en el artículo 173°, primer párrafo, inciso 2), del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales E.C.Q.G.; imponiéndole la pena de treinta años de pena privativa de libertad efectiva, así como el pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene.

II.- INTERVINIENTES EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN DE SENTENCIA:

02. La Sala Penal de Apelaciones de San Román-Juliaca, se encuentra integrada por los Jueces Superiores: Roberto Condori Ticona (**Presidente – Director de debates**), Walter Salvador Gálvez Condori (Juez Superior) y Juan Francisco Ticona Ura (Juez Superior).
03. Asistió el representante del Ministerio Público: **Pedro Vilca Noa**, Fiscal Adjunto Superior de la Primera Fiscalía Superior Penal de la provincia de San Román.
04. Asistió el abogado del imputado Iván Michael Luna Vargas: **José Guadalupe Vargas Villegas**.
05. Asistió el imputado **Iván Michael Luna Vargas**.

III.- ANTECEDENTES:

Hechos materia de imputación por el Ministerio Público:

Circunstancias precedentes.

06. En el distrito de Macusani, Provincia de Carabaya, departamento de Puno, en fecha 01 de septiembre de 2013, en horas de la tarde, se encontraba la menor agraviada por la plaza de Macusani con el imputado Iván Michael Luna Vargas y

sus amigas con quienes habían quedado en ir a jugar a la “pesca pesca” en el malecón.

Circunstancias concomitantes.

07. Procediendo el imputado a llevarla a la menor agraviada con engaños a su domicilio y ese mismo día a horas 21:00 p.m. aproximadamente, indicándole que iba a ponerse su chompa le dijo que la acompañe, una vez en la puerta, el imputado le hizo ingresar a la fuerza pateándole y dándole en el interior de su cuarto a tomar una sustancia para que pierda el sentido, recobrando el conocimiento dicha menor al día siguiente 02 de setiembre de 2013 a horas 10:00 a.m. aproximadamente, estando completamente desnuda y le dolía su parte íntima (vagina).

Circunstancias posteriores.

08. Producto del abuso sexual que ha sido víctima la menor agraviada, presenta maltrato psicológico y se recomienda consejería psicológica.

Calificación Jurídica, reparación civil y consecuencias accesorias solicitadas:

09. **Tipificación penal:** El Ministerio Público tipifica los hechos en el delito Contra la Libertad, en su modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de Violación Sexual de Menor de Edad previsto y sancionado en el artículo 173°, primer párrafo, inciso 2) del Código Penal.
10. **Reparación Civil:** La actora civil Soledad Hilda Guzmán Murillo, representante de la menor agraviada, ha solicitado el pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil.

Sentencia condenatoria de primera instancia.

11. El Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de San Román - Juliaca, a cargo de los magistrados: Richard Condori Chambi (Director de debates), Rubén Gómez Aquino y Víctor Alberto Paredes Mestas, después de haber realizado el juicio oral de primera instancia, expidieron con fecha 04 de mayo de 2016, la sentencia que falló **condenado a Iván Michael Luna Vargas**, como **autor** del delito Contra la Libertad, en su modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de Violación Sexual de Menor de Edad previsto y sancionado en el artículo 173°, primer párrafo, inciso 2) del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales E.C.Q.G.; imponiéndole la pena de treinta años de pena privativa de libertad efectiva, así como el pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil, con lo demás que contiene.
12. Los fundamentos del Juzgado Penal Colegiado antes referido, se encuentran contenidos en el considerando tercero de la sentencia apelada, encontrando probado el delito y la responsabilidad penal del imputado Iván Michael Luna Vargas; en cuanto a los fundamentos de la determinación judicial de la pena, se encuentran en el considerando quinto; en cuanto a los fundamentos de la reparación civil, se encuentran en el considerando sexto de la sentencia impugnada.

Recurso de apelación interpuesto por el imputado Iván Michael Luna Vargas.

13. El imputado Iván Michael Luna Vargas hace uso de su derecho impugnatorio, mediante escrito ingresado en fecha 11 de mayo de 2016, solicitando que el Superior en grado **anule** la sentencia impugnada, porque habría sido expedida contraviniendo expresamente la norma procesal y las garantías constitucionales. Ésta apelación fue concedida por el Colegiado A-Quo, mediante resolución N° 17 de fecha 17 de mayo de 2016.

Trámite en segunda instancia del recurso de apelación concedido.

14. Mediante resolución N° 18 de fecha 13 de junio de 2016, ésta instancia corre traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación a los sujetos procesales; por resolución N° 19 de fecha 23 de junio de 2016, se concedió el plazo común a las partes para que ofrezcan medios de prueba; por resolución N° 20 de fecha 04 de julio de 2016, se cita a la audiencia de apelación de sentencia para el día martes 26 de julio de 2016, a las 10:00 a.m., fecha en que se inició la audiencia de apelación y concluyó el día 01 de agosto de 2016, habiendo sustentado oralmente su pretensión impugnatoria el apelante.

Pretensión del apelante y posición de las partes intervinientes en la audiencia de apelación de sentencia.

15. La defensa técnica del imputado Iván Michael Luna Vargas, a cargo del abogado **José Guadalupe Vargas Villegas**, luego de ratificar el recurso impugnatorio interpuesto, solicitó se **anule** la sentencia impugnada; señalando en lo sustancial en sus intervenciones en audiencia, lo siguiente:
- En la sentencia se evidencia contradicciones en las declaraciones de la agraviada, pero para el colegiado resultó ser irrelevante, empero en juicio sólo se ha dado lectura a las declaraciones de la víctima en cámara Gessel, por tanto, en la declaración de la menor no concurren los requisitos del acuerdo plenario N° 02-2005, atendiendo además que la declaración en cámara Gessel de la agraviada no se precisa la hora, no existe claridad de los hechos imputados, pues la agraviada señala que la hicieron ingresar con violencia y en el interior le dio una bebida, por lo que, no se acuerda de lo ocurrido hasta el día siguiente, al respecto no existe coherencia sólo señala que despertó con dolor y no se tiene acreditado la existencia del elemento tóxico que habría bebido, con ello se acredita la valoración en contrario. El Colegiado para imponer la pena ha tomando en consideración el acuerdo plenario N° 02-2005, y refiere que existió persistencia, empero la víctima no ha concurrido a declarar.
 - En la sentencia se valora el reconocimiento del imputado, ello en base a la lectura de su declaración que habría prestado en sede fiscal, empero en juicio ha señalado que no tuvo relaciones con la menor, y el colegiado valora un elemento de investigación y no una prueba, que en juicio fue incorporado por el Fiscal mediante las preguntas, y en dicha declaración en sede fiscal habría reconocido haber tenido relaciones sexuales una sola vez, y ello no puede ser valorado como prueba pues no cumple con los requisitos previstos del artículo 160 del Código Procesal Penal y, que la confesión no es una prueba es un derecho, es una facultad, por tanto, en la sentencia se ha valorado inadecuadamente dicha declaración pese a que el imputado ha negado los cargos en juicio.

- c) Para acreditar el delito de violación el medio probatorio fundamental es el certificado médico legal, la agraviada refiere que fue agredido por puñetes empero en el certificado no aparece las lesiones de puñetes, y la equimosis es en la cara posterior del muslo y en el muslo izquierdo en lo posterior, que no ha sido en la cara anterior donde se encuentra la vagina de la agraviada, el Colegiado A-quo menciona que existe equimosis en la cara lateral del muslo, tendría que ser en la cara interna del muslo, sin embargo el colegiado con el certificado médico, sostiene que se encuentra acreditado el delito. En el examen del perito efectuado en juicio, éste señaló que no puede determinar si hubo penetración eso se determinará en la investigación empero de acuerdo a las probabilidades si había violencia, es decir no concluye que hubo penetración. El colegiado concluyó que si existió violación sin tener en consideración los criterios ya establecidos y desarrollados por la Corte Suprema, razón por la cual la defensa considera que si no hubo penetración se podría configurar otro delito, y es más, no se ha tenido en consideración el artículo 178° del Código Procesal Penal sobre la valoración de las pericias, pues la Corte Suprema ha establecido que los peritos deben ser dos y en el caso de autos sólo se ha designado uno, por lo que con el certificado no se puede acreditar certeramente el delito.
- d) Se impone una pena sin tener en cuenta la responsabilidad restringida, pues al momento de la comisión de los hechos tenía 19 años.
- e) El colegiado ha contravenido el artículo 394 del Código Procesal Penal, pues no se ha efectuado la valoración de acuerdo al artículo 397 del Código Procesal Penal, habiéndose efectuado una valoración diminuta y no ha valorado acorde a la realidad y al certificado médico se le ha dado un valor distinto a los lineamientos establecidos pues no se ha establecido certeramente que haya existido penetración, además no existe una adecuada correlación entre los hechos imputados, pues el día de los hechos se ha señalado que a la agraviada se le habría suministrado una sustancia tóxica empero en los hechos imputados no se ha mencionado qué sustancia tóxica es, menos el perito ha encontrado dicha sustancia, asimismo en el lugar de los hechos tampoco se ha encontrado la sustancia tóxica, por lo que, el colegiado ha valorado contrario a la realidad, por lo que peticiona la nulidad de la sentencia y se ordene nuevo juicio oral.
16. El representante del Ministerio Público: **Pedro Vilca Noa**, Fiscal Adjunto Superior de la Primera Fiscalía Superior Penal de la provincia de San Román, solicitó que se **confirme** la sentencia recurrida, señalando en lo sustancial en sus intervenciones en audiencia, lo siguiente:
- a) De acuerdo al artículo 425° del Código Procesal Penal no se puede dar un valor diferente a las pruebas que han sido sujetos a inmediación, pues la defensa cuestiona pruebas de carácter personal, por lo que, debe confirmarse la sentencia apelada.
- b) El certificado médico ha señalado que presenta signos de himen complaciente y lesiones genitales recientes, por lo que presenta lesiones genitales y extragenitales, aspecto que ha sido advertido por el perito, lo que ha sido corroborado con la declaración de la agraviada, acreditándose que sí existió penetración vaginal.
- c) En la investigación preliminar el imputado ha reconocido que ambos han tenido relaciones sexuales un ratito, lo que revela que hubo acto sexual.
- d) En primera instancia la defensa ha alegado error de tipo y más no así se ha cuestionado la relación sexual, por lo que, carece de congruencia lo solicitado por la defensa del imputado en esta instancia.

- e) Se verifica coherencia en la versión inculpativa de la menor, pues narra los pasajes previos a los hechos, lo que está corroborado con la propia versión del imputado en esta instancia, en el sentido de que, en efecto estuvieron en la plaza de Carabaya y luego se dirigieron al domicilio del imputado.

IV.- FUNDAMENTOS DE LA SUPERIOR SALA PENAL DE APELACIONES:

PREMISAS NORMATIVAS DE CARÁCTER PROCESAL:

Sobre el debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales.

17. El artículo 139°, incisos 3) y 5), de la Constitución Política del Estado, señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional, entre otros los siguientes: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional; y, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la Ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.
18. En cuanto al artículo 139°, inciso 5) de la Constitución Política del Perú, desarrollada por el Acuerdo Plenario N°06-2011/CJ-116 en su fundamento jurídico N° 12 y por diversas sentencias del Tribunal Constitucional, por los que, **se exige** al juzgador la obligación de emitir pronunciamientos objetivos, coherentes y sustentados sólidamente en razones jurídicas al resolver el conflicto, precisando con nitidez los motivos por los cuales acoge o rechaza las pretensiones de las partes en un proceso judicial, siendo que los magistrados del Tribunal Constitucional, en los expedientes N° 00728-2008-HC/TC¹, caso

¹Expediente número 00728-2008-HC/TC, caso Llamuja Hilares de fecha 13 de octubre de 2008. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>. Consulta 02 de agosto de 2016, hora 10:10. Fundamento jurídico sétimo, establecieron: "El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Así, en el Exp. N° 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N° 1744-2005-PA/TC), este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes **supuestos**: **a) Inexistencia de motivación o motivación aparente**. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. **b) Falta de motivación interna del razonamiento**. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa. **c) Deficiencias en la motivación externa**; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez. Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento

Llamoja Hilares; y, N° 0037-2012², caso Scotiabank Perú S.A., establecieron los supuestos en las cuales existe afectación del derecho a la debida motivación, además señalaron que no es necesario que el órgano jurisdiccional abunde en la argumentación respecto de lo que decide, por cuanto ello puede ser inclusive **escueta**, con la única exigencia en que no incurra en una incongruencia procesal denominada en la doctrina como pronunciamientos *infra petita*, *extra petita* o *ultra petita*; además, debemos tener en consideración que es de cumplimiento obligatorio lo señalado en la Resolución Administrativa N° 002-2014-CE-PJ³, donde se precisa los alcances del artículo 150 del Código Procesal Penal.

Sobre el principio de congruencia recursal.

19. El artículo 409, inciso 1), del Código Procesal Penal prevé que, la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante; y, el artículo 419, inciso 1), del Código acotado prevé que, la apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites

resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal. **d) La motivación insuficiente.** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. **e) La motivación sustancialmente incongruente.** El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas. **f) Motivaciones cualificadas.** Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal".

²Expediente N° 0037-2012, caso Scotiabank Perú S.A., que en lo esencial ha establecido, lo siguiente: "Este Tribunal en reiterada jurisprudencia, ha establecido que **no se trata de dar respuesta** a cada una de las pretensiones planteadas, **la insuficiencia**, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de los que en sustancia se está decidiendo".

³Resolución Administrativa N° 002-2014-CE-PJ, de fecha 07 de enero del 2014, donde se precisa los alcances del artículo 150 del Código Procesal Penal, estableciendo en sus considerandos quinto (párrafo segundo) y sexto, lo siguiente: "(...). Por consiguiente, **en caso de autos o sentencias**, consideradas como **defectuosamente motivadas**, se debe resolver el fondo revocando o confirmando las resoluciones impugnadas por los fundamentos expuestos por el superior. En tal sentido, **los supuestos defectos en la motivación como la valoración de la prueba**, aplicación o interpretación del derecho, **no pueden ser causal de nulidad**, pues además atenta contra la independencia del Juez que la Constitución Política le reconoce al resolver los asuntos de su competencia"; y, agrega: "(...). se desprende que si el un órgano revisor tiene un criterio diferente al del Juez inferior, corresponde la revocación de la resolución y la obligación del juez inferior de ejecutar lo resuelto por el superior; **pero en ningún caso se puede anular resoluciones por defectos en la motivación de las mismas**, pretendiendo que el juez inferior emita nuevas resoluciones en base a motivaciones que puede no compartir. En ese sentido, **sólo se pueden anular resoluciones y reenviar al inferior, cuando el vicio advertido se ha producido en la tramitación del proceso anterior a la expedición de la resolución impugnada, y que no sea posible subsanar por el órgano revisor**. Sólo en estos casos, el órgano revisor aplicará el reenvío por no tener los elementos suficientes para emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del recurso"; y, en tanto, en el literal a) de su artículo primero, establece: "Como **regla general**, si el órgano jurisdiccional competente para resolver el medio impugnatorio considera que **existen errores de hecho o de derecho en la motivación** de la resolución impugnada, **deberá revocar** y resolver el fondo del asunto jurídico, reservando sólo para situaciones excepcionales su anulación. **Los defectos meramente formales del proceso o la motivación insuficiente o indebida de la resolución impugnada, deben ser subsanados o corregidos por el órgano revisor**". (Negrillas nuestros).

de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.

20. Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que:“(…) la Sala de Apelaciones [debe] circunscribirse únicamente al análisis de los agravios expuestos contra la resolución impugnada, conforme al principio TANTUM APELLATUM QUANTUM DEVOLUTUM derivada del principio de congruencia que orienta la actuación del órgano jurisdiccional, y que implica que al resolver la impugnación el órgano revisor sólo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el escrito de su propósito ya que se considera que la expresión de agravios es como la acción (pretensión) de la segunda instancia(…)” [Casación N° 413-2014 LAMBAYEQUE, fundamento cuadragésimo sexto]; así también señala el tribunal supremo que:“(…) es obligación de la parte apelante esgrimir los agravios expresados en su escrito de fundamentación del recurso de apelación en la respectiva audiencia, para los efectos que la parte contraria pueda examinarla, discutirla o rebatirla en pleno ejercicio de su derecho de defensa, de esta manera no se vulneraría sus derechos constitucionales y no se le dejara en indefensión (…)” [Casación N° 413-2014 LAMBAYEQUE, fundamento cuadragésimo segundo].
21. En tal sentido, corresponde a esta Superior Sala Penal de Apelaciones circunscribirse a dar respuesta a los agravios señalados por la parte apelante en su escrito de apelación, fundamentados en la audiencia de apelación.

Sobre la valoración de los medios probatorios por la Sala Penal.

22. En relación a la valoración de las pruebas, el artículo 393° inciso 2) del Código Procesal Penal, no prevé la llamada “prueba privilegiada” ni optó por el sistema de la prueba legal o tasada, regulando el sistema de libre apreciación razonada; por lo que, una decisión judicial **no puede fundarse a sólo mérito** de una prueba documental o de otro medio probatorio, como si se tratara de una “prueba privilegiada”, vulnerándose el derecho fundamental a probar de los justiciables; asimismo, el derecho a probar de las partes constituye una garantía de la tutela procesal efectiva, reconocido en diversas sentencias el Tribunal Constitucional⁴.
23. Asimismo, el artículo 425°, inciso 2), del Código Procesal Penal, establece los medios de prueba que pueden ser valorados por la Sala Penal Superior, y además señala que **no puede otorgarse diferente valor probatorio** a la prueba

⁴Sentencias de los expedientes N° 01557-2016-PHC/TC, de fecha 04 de junio de 2012, fundamento jurídico número dos: “Tal como lo señaló este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos. En tal sentido, este Tribunal ha delimitado el contenido del derecho a la prueba: (….) Se trata de un derecho complejo que **está compuesto** por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos **sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida**, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (Cfr. STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, fundamento 15)”; y, 6712-2005-PHC/TC, de fecha diecisiete de octubre de dos mil cinco, fundamentos jurídicos números trece al quince, de los que, transcribimos: “Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho de ofrecer medios probatorios que consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle mérito probatorio que tenga en la sentencia. **La valoración de la prueba debe estar debidamente motivado por escrito**, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizada”. (Negrillas nuestros).

personal que fue objeto de **inmediación** por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia, previo ofrecimiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 422° del acotado Código; el artículo 425° del mismo cuerpo legal, ha sido objeto de interpretación en sus alcances por la Corte Suprema de la República, a través de Casación N° 195-2012⁵, de procedencia Moquegua y, la Casación N° 253-2013⁶, de procedencia Puno.

PREMISAS NORMATIVAS DE CARÁCTER MATERIAL:

24. El artículo 2°, inciso 24), literal d de la Constitución Política del Estado, así como el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, consagran el principio de legalidad según el cual nadie puede ser sancionado por acto u omisión que no esté contemplado como delito por una Ley vigente al momento de su comisión, ni sancionado con pena no prevista en la Ley.
25. La norma penal aplicable al caso, que se encontraba vigente al momento de la comisión de los hechos (01 de setiembre de 2013), es el artículo 173 del Código Penal, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 30076, publicado el 19 de agosto de 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad.

*El que tiene acceso carnal por vía **vaginal**, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:*

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza." (Negrillas y subrayado nuestros).

ANALISIS DEL CASO CONCRETO:

PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PEDIDO DE NULIDAD DE LA SENTENCIA.

Respecto de la sindicación de la agraviada.

26. El abogado defensor de apelante refiere que, la menor agraviada no ha declarado en el juicio oral, **dándose lectura únicamente a la declaración prestada por la agraviada en cámara Gessel.**

⁵Casación N° 195-2012-MOQUEGUA, de fecha 05 de setiembre de 2013, en el fundamento jurídico 12.14.2, sostuvieron: "(...) podría concluirse alternativamente lo siguiente: I) Que, si el órgano Ad quem, decide modificar la valoración probatoria del Juez de primera instancia, debe ubicarse en la misma posición que este, es decir, en **inmediación con la actividad probatoria personal, lo que en buena cuenta implicaría repetir está prueba en segunda instancia a efectos de que pueda "ver" y "oir" su actuación;** o, II) que, el órgano Ad quem no pueda modificar la valoración de medios de prueba en las que la **inmediación es esencial, dado que no le está permitido repetir su actuación.**"

⁶Casación N° 253-2013-PUNO, de fecha 20 de noviembre de 2014: Fundamento 2.3, concluyó que incurre en causal de invalidez insubsanable, declarando nula la sentencia de vista y optó por el reenvió, señalando, entre otros: "En esa línea, la Sala Penal de Apelaciones, contrario a lo prescrito por dicho artículo, otorga valor distinto a la prueba personal actuada en juicio, sin que en sede de apelación se la haya cuestionado con prueba alguna"; agrega: "Se aprecia que sin haber interrogado al citado perito ni haber visualizado el citado video, otorga, a la declaración del referido perito, un valor distinto al otorgado por el Juzgado Unipersonal, trasgrediendo el principio de **inmediación**"; y, finalmente: "Que brindó un valor distinto a la prueba personal actuada en juicio y afectó el principio de **inmediación**".

27. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, señalan que: *“El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.”* [Acuerdo Plenario N° 1-2011-/CJ-116, fundamentos jurídicos treinta y siete y treinta y ocho]
28. El referido acuerdo plenario refiere que, a efectos de evitar la victimización secundaria del agraviado y en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe de tener en consideración como regla *-entre otras-*: **“Promover la única declaración de la víctima”**, la referida regla es obligatoria en el caso de los menores de edad, valiéndose para ello de las de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gessel, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración. Asimismo, el referido acuerdo plenario le otorga a la única declaración de la víctima la calidad de **“prueba anticipada”**, la misma que debe de actuarse conforme las normas previstas en los artículos 242° y siguientes de Código Procesal Penal; en consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 383°, inciso 1), literal a), del mismo Código⁷, corresponde su incorporación al proceso para ser sometido a debate.
29. Por tanto, el hecho de que la menor agraviada no haya declarado en el juicio oral **no constituye motivo para declarar la nulidad de la sentencia apelada**. En el caso de autos se tiene que, mediante el auto de enjuiciamiento, contenido en la resolución N° 09-2015 de fecha 18 de setiembre de 2016, **se admitió** como medios probatorios, entre otros, el acta de entrevista única en cámara Gessel, realizada a la menor de iniciales E.C.Q.G. *-véase a folios 17 del cuaderno de debate-*, la misma que fue **oralizada** e incorporada al debate, en la sesión de juicio oral de fecha 28 de abril de 2016 *-véase a folios 90 del cuaderno de debate-*; en consecuencia, su incorporación y valoración en el proceso resulta válida.
30. Como argumento adicional cabe señalar que, si bien la declaración de la menor agraviada inicialmente fue ofrecida y admitida; no obstante, en la sesión de audiencia de fecha 11 de abril de 2016 *-véase de folios 67-70 del cuaderno de debate-*, el representante del Ministerio Público, solicitó se prescindiera de la declaración de la menor agraviada, ante ello el A-quo, declaró fundada dicha solicitud, pronunciándose ante el cual, el abogado defensor del imputado Iván Michael Luna Vargas, **mostró su conformidad**, sin realizar cuestionamiento alguno.
31. Asimismo, el abogado defensor de apelante ha referido que, **la declaración de la menor agraviada no tiene coherencia ni persistencia.**

⁷ Artículo 383°, inciso 1), literal a), del Código Procesal Penal “1. Sólo podrán ser incorporados al juicio para su lectura: a) Las actas conteniendo la prueba anticipada”;

32. Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 de fecha 30 de setiembre de 2005, establece los presupuestos a tenerse en consideración en cuanto a las garantías de certeza, en la declaración de la testigo víctima: 1.- **Ausencia de incredibilidad** subjetiva; es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza; 2.- **Verosimilitud**; que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria; y, 3.- **Persistencia en la incriminación**; con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior, esto es, debe observarse la coherencia y solidez en el relato. En el caso de autos, se ésta cuestionando: **La verosimilitud y la persistencia en la incriminación.**
33. En cuanto a la *verosimilitud* refiere que, *el relato brindado por la menor agraviada no es coherente, debido a que, no se precisa la hora, no existe claridad de los hechos imputados, porque la agraviada señala que la hicieron ingresar luego de haberle dado puñetes y una patada y en el interior le dio una bebida, por lo que, no se acuerda de lo ocurrido hasta el día siguiente, no hay relato de los hechos, no se menciona como fue la violación, al respecto no existe coherencia sólo señala que despertó con dolor y no se tiene acreditado la existencia del elemento tóxico que habría bebido, con ello se acredita la valoración en contrario.* En cuanto a que no se ha precisado la hora de los hechos, esta Superior Sala Penal, comparte el criterio asumido por el Colegiado A-quo, debido a que, se debe tener en consideración las particularidades y las circunstancias en las que se comete el delito de violación sexual, por lo que, no se le puede exigir a la agraviada horas o fechas exactas de la comisión del delito, siendo suficiente que relate los hechos en forma coherente y persistente. Respecto a que no existe claridad en la narración de los hechos, cabe señalar que, la menor agraviada en la declaración prestada en cámara Gessel, sí ha narrado los hechos principales materia de imputación en forma coherente, tanto más que, el imputado Iván Michael Luna Vargas, en sede fiscal en fecha 19 de mayo de 2014, al momento de prestar su declaración voluntaria, ha reconocido haber tenido relaciones sexuales con la menor agraviada *–véase de folios 24-25 del expediente judicial–*, declaración oralizada en juicio oral por el Ministerio Público *–véase folios 99 del cuaderno de debates–*. En cuanto a que no se ha acreditado la existencia del elemento tóxico que habría bebido la agraviada, cabe señalar que, para la configuración del tipo penal resulta irrelevante, por cuanto lo que se sanciona en delito de Violación Sexual de Menor de Edad es la actividad sexual en sí misma. En relación a la *persistencia* de declaración, cabe señalar que, la menor únicamente ha declarado en cámara Gessel *–declaración única–*, oportunidad en la cual de manera uniforme sindicó al imputado Iván Michael Luna Vargas, como la persona quien la violó, asimismo, como se ha referido anteriormente, el hecho de que la menor no haya declarado durante el juicio oral, no impide que la declaración prestada por la menor en cámara Gessel pueda ser valorado, por cuanto, ha sido obtenida e incorporada al proceso de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico.

Respecto del cambio de versión de los hechos por parte del apelante.

34. El abogado defensor del apelante refiere que, **se ha valorado un elemento de investigación y no una prueba.**
35. Al respecto cabe señalar que, si bien la declaración del imputado Iván Michael Luna Vargas, ha sido prestada en sede fiscal, durante el desarrollo de la

investigación preparatoria, no obstante, como refiere el abogado defensor del apelante, fue incorporada al debate del juicio oral, a solicitud del representante del Ministerio Público, en la sesión de audiencia de juicio oral de fecha 02 de mayo de 2016 –véase a folios 99 del cuaderno de debate–, al evidenciar contradicción en la declaración que prestó en sede fiscal con la que prestó en el juicio oral, en consecuencia, al ser incorporada la declaración que prestó en sede fiscal al debate conjuntamente con la declaración que prestó en el juicio oral, la misma constituye acto de prueba⁸. Asimismo, en dicha oportunidad el apelante manifestó que, no recordaba la fecha en que prestó su declaración, pero reconoció como suya la firma que aparece en el documento.

36. En el presente caso nos encontramos ante un cambio de versiones en la declaración, por cuanto, el imputado durante la investigación preparatoria reconoció haber tenido relaciones sexuales con la menor agraviada y durante el juicio oral negó haber tenido relaciones sexuales con la referida menor, por tanto, cabe establecer la relevancia del cambio de versión por parte del imputado en el presente proceso.
37. En cuanto al cambio de versiones en la declaración de la víctima y del imputado, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, ha señalado que: *“En cuanto al cuestionamiento sobre la valoración que realizó el Tribunal A quem referente a la prueba personal, concretamente la retractación que la víctima realizó en el plenario; ello no es de recibo, porque no enerva la imputación primigenia, máxime si el citado procesado tiene versiones encontradas entre sí, pues mientras en su instructiva de fojas ochenta y ocho, señaló que en sede policial fue mal asesorado por el letrado quien le manifestó que aceptara la autoría del delito y los cargos inculpativos, en el plenario de fojas ciento cincuenta y cinco, explicitó que los policías lo intimidaron y coaccionaron para que reconozca el ilícito penal, es decir, los argumentos exculpativos son meramente defensivos con la única finalidad de desligarse de la responsabilidad penal que se concierne en el ilícito penal investigado.”* [Recurso de Nulidad N° 2809-2014-CALLAO, fundamento quinto]. En ésta ejecutoria, se refiere que, no obstante, que la agraviada y el imputado hayan cambiado de versión, ello no resulta suficiente para absolver de los cargos al imputado. En el caso de autos, **el cambio de versión únicamente es del imputado**, por tanto, con mucha mayor razón no resulta suficiente para absolver al apelante Iván Michael Luna Vargas, por cuanto, la declaración inculpativa de la menor agraviada resulta incólume al no haber variado de versión.
38. Aunado a ello cabe señalar que, la versión prestada por el imputado durante el juicio oral –*desinculpativa*–, no ha sido corroborada con otro medio probatorio admitido, en ese sentido, esta Superior Sala considera que debe otorgarse valor probatorio a su declaración primigenia, en donde reconoce haber tenido relaciones sexuales con la menor agraviada, por cuanto ésta declaración primigenia **sí ha sido corroborada con otro medio probatorio**, fundamentalmente con la declaración de la menor agraviada, incorporada al proceso mediante la lectura de su entrevista única en cámara Gessel, tanto más que, como ha señalado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, la declaración de la víctima, es idónea para enervar la garantía de

⁸ “...La averiguación es una labor propia de la investigación del presunto hecho punible, en cambio, la prueba, como actividad de verificación, únicamente tiene lugar en la etapa del juicio oral. Es en la etapa de juzgamiento donde el juez de conocimiento verifica –en atención a la actuación probatoria– las expresiones (proposiciones fácticas) en las que se basan la acusación y la defensa. Por lo que, las diligencias que preceden al juicio oral y que se llevan a cabo durante la etapa de investigación no constituyen actos de prueba destinados a verificar hechos sino que son actos de indagación orientados a averiguar y conseguir elementos que sustentan la acusación.” SALAS BETETA, Christian. *La prueba en el Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Jurídica, 2012 – Lima - Perú, Pág. 67.

presunción de inocencia en los delitos de violación: "..., en tanto los delitos contra la libertad sexual, en la gran mayoría de casos, se ejecutan en la clandestinidad, por lo cual queda habilitada la declaración de la víctima para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, pues en muchas ocasiones no se puede disponer de otras pruebas para acreditar la responsabilidad penal de un imputado, por cuya razón, para los efectos de considerarla suficiente prueba de cargo, debe cumplir con las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco/CJ-116, como son: i) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; ii) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo; iii) persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad, lo que en el caso concreto se cumplió a cabalidad, pues la versión de la menor agraviada fue persistente, verosímil, al haberse corroborado el estado emocional en el que se encuentra como consecuencia de los vejámenes que sufrió por el encausado, quien resultaba ser su medio hermano, lo cual incluso complica aún más el suceso vivenciado en perjuicio de la víctima; y finalmente, no se logró acreditar que aquella versión firme haya sido consecuencia de algún odio, rencor o resentimiento que emerja de la agraviada por alguna circunstancia. Respecto a la indebida aplicación del artículo ciento setenta y tres, numeral tres, del Código Penal." [Casación N° 309-2012-CUSCO, fundamento tres punto siete].

Respecto de que, **la confesión no es una prueba y que es un derecho y que no cumple los requisitos del artículo 160° del Código Procesal Penal.**

39. En cuanto a la confesión como medio de prueba, esta Superior Sala comparte lo señalado por el jurista Pérez López, quien refiere lo siguiente: "Si la libre declaración del imputado contiene la admisión de la imputación formulada en su contra, confirmada con el material probatorio actuado en el proceso, se convierte en **medio de prueba** (artículo 160 del CPP)...La confesión como manifestación de la libertad y voluntad del imputado, puede sin lugar a dudas ser considerada como medio de prueba tal como se ha reconocido de lege lata en la codificación procesal; sin embargo, al consistir en una autoincriminación necesita ser corroborada con otros medios de prueba a fin de establecer un grado de convencimiento"⁹. Por tanto, si bien el abogado defensor del apelante invocando doctrina comparada ha señalado, que la confesión no es un medio de prueba sino más bien un medio de defensa, cabe tener en consideración las normas de nuestro ordenamiento jurídico que le otorgan a la misma la calidad de medio de prueba, siendo imprescindible que la admisión de cargo se produzca cumpliendo una serie de presupuestos, para que se le pueda otorgar valor probatorio, dichos presupuestos se encuentran previstos en el artículo 160° del Código Procesal Penal.
40. El artículo 160° del Código Procesal Penal, prevé que: "Valor de prueba de la confesión.

⁹ PEREZ LOPEZ, Jorge A. La prueba en el Código Procesal Penal de 2004, Gaceta Jurídica, 2012 – Lima - Perú, Pág. 202-203.

1. La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión de cargos o imputación formulada en su contra.
 2. Sólo tendrá valor probatorio cuando:
 - a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción;
 - b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas;
 - c) Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado; y,
 - d) Sea sincera y espontánea.
41. En el caso de autos, la admisión de cargos efectuado por el imputado Iván Michael Luna Vargas, como se ha referido anteriormente se encuentra corroborado con otros medios probatorios, fundamentalmente con la incriminación de la menor agraviada; asimismo, ha sido prestada libremente y en estado normal de sus facultades psíquicas, si bien en la audiencia de apelación, declaró a ante esta instancia que firmó documentos en blanco – refiriéndose al acta que contiene su declaración inicial prestada ante el Ministerio Público –, pero dicha versión no se encuentra probado, sólo consta su dicho; asimismo, su declaración inicial ha sido prestada ante el fiscal y sometida a contradictorio, en presencia de los jueces de juzgamiento, durante el desarrollo del juicio oral; también ha sido sincera y espontánea, dado que, el cambio de versión no ha sido corroborado con otro medio probatorio. Por tanto, dicha admisión de cargos ha cumplido con todos los presupuestos previstos en el artículo 160° del Código Procesal Penal.
42. Si bien, el artículo 161° del Código Procesal Penal prevé que. “El juez, puede disminuir prudencialmente, la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160...”, en el caso de autos ésta Superior Sala no hará uso de esta facultad conferida, por cuanto, el imputado Iván Michael Luna Vargas, ha cambiado de versión posteriormente, negando los hechos inicialmente aceptados, sin corroborar con ningún medio probatorio su segunda versión, por tanto, no es merecedor del referido beneficio premial. Asimismo a dicha conducta no se le puede atribuir consecuencias penales negativas de carácter sustantivas o de carácter procesal, por cuanto, es parte de su estrategia de defensa como garantía del derecho a la no autoincriminación.

Respecto de la valoración del certificado médico.

43. El abogado defensor del apelante ha referido que, **para acreditar el delito de violación [de la Libertad Sexual] el medio probatorio fundamental es el certificado médico legal.**
44. Sobre el particular, respecto de la prueba en los delitos de violación sexual las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, han señalado que: “31°. El Juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad –aptitud para configurar el resultado del proceso- y a su idoneidad –que la ley permite probar con el medio de prueba el hecho por probar-). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza –en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación.”...”32°. Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la praxis a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse

de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitálica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado". [Acuerdo Plenario N° 1-2011-/CJ-116, fundamentos jurídicos treinta y uno y treinta y dos]. En consecuencia, en concordancia con lo expuesto debemos señalar que, para acreditar el delito de violación sexual de menor de edad no constituye prueba fundamental el certificado médico legal.

45. En cuanto al argumento de que, **la agraviada refiere que fue agredida por puñetes empero en el certificado no aparece las lesiones de puñetes, y la equimosis es en la cara posterior del muslo y en el muslo izquierdo en lo posterior, que no ha sido en la cara anterior donde se encuentra la vagina de la agraviada, el Colegiado A-quo menciona que existe equimosis en la cara lateral del muslo, tendría que ser en la cara interna del muslo, sin embargo, el colegiado con el certificado médico, sostiene que se encuentra acreditado el delito.**
46. Sobre el particular, respecto de los delitos de violación sexual, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, ha señalado que: "12°. La norma sustantiva distingue los tipos penales de violación sexual con distinta gravedad en sus consecuencias y tratamiento, en función a si se protege la libertad sexual -reservada para personas mayores de edad que al momento de la ejecución de la conducta típica posea sus capacidades psíquicas en óptimas condiciones, fuera de un estado de inconsciencia y en posibilidad de resistir la agresión sexual- o la indemnidad sexual -contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad-... "16°. En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad". [Acuerdo Plenario N° 1-2011-/CJ-116, fundamentos jurídicos doce y dieciséis].
47. En el caso de autos, la sentencia apelada, emitió condena por el delito de Contra la Libertad, en su modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de Violación Sexual de Menor de Edad previsto y sancionado en el artículo 173°, primer párrafo, inciso 2) del Código Penal, cuyo bien jurídico protegido es la **intangibilidad o indemnidad sexual**. Entendiéndose por indemnidad o intangibilidad sexual de los menores a 14 años de edad la orientación a salvaguardar el libre desenvolvimiento del derecho del menor a la libertad sexual hacia el futuro, cuando goce de las condiciones necesarias. La indemnidad o intangibilidad sexual, se entiende como la protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes todavía no han alcanzando el grado de

madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea (según el DRAE, indemnidad, es el estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio). En palabras sencillas, indemnidad significa que los menores que no hayan aún cumplido los 14 años de edad, son intocables sexualmente. Para la verificación del delito de violación sexual de menor de edad, no se necesita conducta medial alguna, esto es que el agente actúe haciendo uso de la violencia, la intimidación, o la inconsciencia.

48. En el caso de autos, si bien como refiere el abogado defensor del apelante, *la agraviada refiere que fue agredido por puñetes empero en el certificado no aparece las lesiones de puñetes, y la equimosis es en la cara posterior del muslo y en el muslo izquierdo en lo posterior, que no ha sido en la cara anterior donde se encuentra la vagina de la agraviada, el Colegiado A-quo menciona que existe equimosis en la cara lateral del muslo, tendría que ser en la cara interna del muslo, sin embargo el colegiado con el certificado médico, sostiene que se encuentra acreditado el delito; no obstante, como se ha referido anteriormente lo que se sanciona en el delito de Violación Sexual de Menor de Edad es la actividad sexual en sí misma*, no requiriéndose para su configuración la existencia de violencia o amenaza, dado que, estos medios comisivos no son parte del tipo objetivo de éste delito, empero, los mismos pueden ser tenidos en consideración para la determinación judicial de la pena. Asimismo, cabe señalar que lo argüido no resulta atendible, por cuanto, la equimosis en la cara posterior del muslo y en el muslo izquierdo en lo posterior, y que no ha sido en la cara anterior donde se encuentra la vagina de la agraviada, no pueden llevar a la conclusión de que no haya existido violación, dado que, dichas lesiones evidencian la existencia de actos de violencia, tanto más que, el perito médico Leonardo Wilfredo Subia Quispe, al ser examinado respecto del certificado médico legal N° 000558-G, practicada a la menor agraviada de iniciales E.C.Q.G. de fecha 03 de setiembre de 2013 –*véase a folios 68 del cuaderno de debate*–, refirió que existen lesiones de contusión en la vulva y en los labios menores –*lesiones genitales recientes*–, las mismas que no han sido objeto de cuestionamiento en ésta instancia. No obstante, como se ha referido anteriormente, en el presente caso no son relevantes, debido a que, lo que se sanciona es el acto sexual en sí mismo, tanto más que, la agraviada y el apelante reconocen haber tenido relaciones sexuales.
49. También, el abogado defensor del apelante arguye que, **el perito en el examen que se le realizó durante el juicio oral señaló que no se puede determinar si hubo penetración, es decir, concluye que no hubo penetración.**
50. Al respecto cabe señalar que, el perito médico, al ser examinado durante el juicio oral, refirió que la menor agraviada presenta “*himen complaciente*”, y al ser preguntado respecto de dicho himen, refirió que, existen varios tipos de hímenes y que cuando se trata de un himen complaciente, puede haber penetración sin que haya desgarró, es decir, sin que haya desfloración, ello por las características de éste himen; por tanto, no se puede descartar que se haya producido la penetración. En ese mismo sentido, también se ha pronunciado La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República: “...*en el certificado aludido aparece que la agraviada posee himen complaciente, esta por su naturaleza no sustrae de la comisión del delito, ya que por su elasticidad que presenta el himen permite la introducción del órgano sexual masculino, sin que cause perjuicio en dicha zona...*”. [Recurso de nulidad N° 2891-2007 Lima Norte, considerando tercero, literal e)]. Aunado a ello cabe señalar que, **al haberse establecido que la menor presenta himen complaciente, resulta necesario que el acceso**

carnal, esté corroborado con otros medios de prueba conforme se ha referido anteriormente.

51. En cuanto a la posibilidad de que, **al no haber penetración se configura otro delito y que no se ha tenido en consideración el artículo 178° del Código Procesal Penal.**

Al respecto cabe señalar que, como se ha referido anteriormente al tener la agraviada himen complaciente, el hecho de que no existan signos desagarro, no puede llevarnos a concluir que no ha existido penetración, asimismo, que el hecho de que la prueba pericial ha concluido que no se puede determinar si hubo penetración o no, tampoco se puede concluir que no ha habido penetración; por cuanto como se ha señalando anteriormente, **existen otros medios probatorios que acreditan en forma suficiente la comisión del delito.**

52. En cuanto a que, **sobre la valoración de las pericias la Corte Suprema ha establecido que los peritos deben ser dos y en el caso de autos se ha designado uno, por lo que, con el certificado no se puede acreditar cteramente el delito.**

53. Como se ha referido anteriormente **la prueba pericial no necesariamente tiene carácter preponderante en los delitos de violación sexual**, para lo cual se deberá tener en consideración las particularidades y circunstancias de cada caso concreto –véase el parágrafo 44 de la presente sentencia-. En el caso de autos, la defensa del apelante sostiene, dado que, en el examen pericial, no se ha acreditado que haya existido penetración, y por tanto al no haberse acreditado la existencia de penetración no hay delito, al respecto cabe reiterar lo señalado anteriormente en esta sentencia de vista, que en el examen pericial se ha concluido que la menor agraviada tiene himen complaciente y como se ha señalado también, al tener himen complaciente es posible que la penetración no produzca lesiones, por tanto, en el caso de autos la pericia médico legal no tiene carácter preponderante, por cuanto para la emisión de la sentencia condenatoria, además de dicha pericia, se ha tenido en consideración una pluralidad de medios probatorios como son: La lectura del acta de entrevista única en cámara Gessel, practicada a la menor de iniciales C.E.Q.G.; la declaración de Iván Michael Luna Vargas en sede fiscal, leída a pedido del fiscal durante el juicio oral al evidenciar contradicción en su declaración; el examen pericial psicológico del perito Edgar Gutiérrez Gutiérrez; la lectura del acta de denuncia formulada por Soledad Hilda Murillo, ante la Fiscalía de Carabaya; la oralización del documento acta fiscal de fecha 08 de mayo de 2014; la declaración testimonial de Soledad Hilda Guzmán; el certificado de la partida de nacimiento de la menor agraviada.

54. En cuanto a la designación de dos peritos, el artículo 173°, inciso 1), del Código Procesal Penal, prevé que: *“El Juez competente, y, durante la Investigación Preparatoria, el fiscal o el Juez de la investigación preparatoria en los casos de prueba anticipada, nombrará un perito...Sin embargo, se podrá elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas. A estos efectos se tendrá en consideración la propuesta o sugerencia de las partes”*. De lo previsto en dicha disposición se advierte que, la designación de más de dos peritos es facultativa –no imperativa- y se justifica en la complejidad de los hechos investigados o en la necesidad de conocimientos de distintas disciplinas. En el caso de autos, el

representante del Ministerio Público **no hizo uso de la facultad** que le confiere éste artículo, no obstante, el mismo Código en el artículo 177°, inciso 1), prevé que. “*Producido el nombramiento del perito, los sujetos procesales, dentro del quinto día de notificados u otro plazo que acuerde el Juez, pueden designar, cada uno por su cuenta, los peritos que considere necesario*”, en el presente caso, el apelante no utilizó éste mecanismo procesal ante la designación del perito oficial; asimismo, con posterioridad tampoco incorporó al proceso una pericia de parte. Aunado a ello cabe señalar que, durante el desarrollo del juicio oral, la defensa del apelante tampoco realizó cuestionamiento alguno, es más, durante el examen del perito médico Leonardo Wilfredo Subía Quispe realizado en el juicio oral –véase de folios 67-69 del cuaderno de debate-, realizó el examen respectivo sobre las conclusiones a las que arribó el perito. Por último cabe señalar que, la sentencia condenatoria, no se ha emitido únicamente por la valoración de la pericia médico legal, sino por la concurrencia de una pluralidad de medios probatorios.

55. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, han señalado que: “27°. *La Guía Médico Legal-Evaluación Física de la Integridad Sexual del Ministerio Público señala los requisitos mínimos para realizar la evaluación física integral en casos de violencia sexual, a saber: a) El examen debe ser realizado por dos peritos como mínimo, en ausencia de otro y/o en caso de urgencia podrá ser realizado solo por un perito. b) Para su realización deberá ser asistido por un personal auxiliar capacitado, y de preferencia femenino. c) Se podrá contar además con la presencia de cualquiera de las siguientes personas según voluntad expresa del evaluado: i) familiar, ii) personal femenino de la PNP, iii) personal femenino acompañante (custodio, tutores, asistentes sociales), d) si se realiza por un solo perito debe realizar la perennización del examen, previo consentimiento del evaluado, o, en su caso, de su familiar si es menor de edad, y según la logística disponible (cámara fotográfica o video cámara), e) debe contarse con un ambiente o consultorio adecuado, con buena iluminación, mobiliario e instrumental*”. [Acuerdo Plenario N° 4-2015-/CJ-116, fundamento jurídico veintisiete]. Al respecto cabe señalar que, dicho criterio que, constituye doctrina legal, fue publicado en el diario oficial “*El Peruano*” en fecha 21 de junio de 2016, esto es, con posterioridad a la realización de la pericia, que fue realizada en fecha 03 de setiembre de 2013 –véase a folios 3-4 del expediente judicial-, asimismo, su actuación durante el juicio oral se produjo en fecha 11 de abril de 2016- véase de folios 67-70 del cuaderno de debate- esto es, **con anterioridad a la publicación antes referida**, por tanto, dicha doctrina legal no era exigible al momento en que se realizó y actuó la pericia. Además de ello, cabe señalar que, durante el desarrollo del juicio oral la defensa del apelante **no realizó cuestionamientos respecto de la idoneidad del procedimiento** mediante la cual se realizó la pericia, sus cuestionamientos más bien, estuvieron orientados a las conclusiones de la pericia.

Respecto de la responsabilidad restringida.

56. El abogado del apelante arguye que, **se ha impuesto una pena sin tener en cuenta la responsabilidad restringida, pues al momento de la comisión de los hechos [el imputado] tenía 19 años [de edad]**.
57. Al respecto, el artículo 22° del Código Penal prevé: “*Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.*”

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual,... u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”.

- 58.** Al respecto, en el presente caso, el Colegiado A-quo, ha referido que: “...el acusado al momento de los hechos contaba con 19 años de edad, y que dada su edad no se encuentra dentro de la responsabilidad restringida por la edad, por cuanto no está comprendido dentro del artículo 22° del Código Penal, cuando el agente haya incurrido en delito de violación sexual” –véase de folios 127-128 del cuaderno de debates-; no obstante, esta Superior Sala Penal en concordancia con los pronunciamientos de las Salas Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de la República¹⁰, considera que, la disposición prevista en el artículo 22°, párrafo segundo, del Código Penal, realiza una exclusión que a todas luces resulta discriminatoria, por cuanto, la atenuación de la pena por responsabilidad restringida se fundamenta en las condiciones personales del imputado, esto es, es parte de la culpabilidad en la estructura de la teoría del delito, en consecuencia, no siendo relevante para la responsabilidad restringida circunstancias que influyan en la antijuridicidad del delito, por tanto, debe de realizarse el control difuso para tal efecto, en atención a lo previsto por el artículo 138°, segundo párrafo, de la Constitución¹¹, esto es, preferir una norma constitucional respecto a una norma legal con la que es incompatible, en el presente caso, esta Superior Sala Penal considera inaplicable el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, que excluye el beneficio de la reducción prudencial de la pena por responsabilidad restringida por edad, al agente que haya incurrido entre otros, en el delito de violación sexual, debido a

¹⁰ “10°. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley”... “11°. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal. El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso. Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo”. [Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, fundamentos jurídicos diez y once]. “SÉPTIMO. Que, ahora bien, el imputado cuando perpetró el delito tenía veinte años de edad, luego, es sujeto de responsabilidad restringida. Es cierto que el artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número 27024, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, prohíbe la disminución de la pena. Sin embargo, tal limitación por vulnerar el principio institucional, de relevancia constitucional, de igualdad no puede ser aplicada. En efecto, la base de la diferencia en función a la edad se sustenta en la capacidad disminuida –sustento o elementos esencia de la culpabilidad-, no en el delito cometido; hacerlo por esa razón significa incorporar como regla de interdicción de exención de pena un elemento impropio que decide la antijuridicidad y, por tanto, con una base no objetiva ni razonable que una democracia constitucional no puede aceptar”. [Recurso de nulidad N° 701-2014 HUANCAVELICA, considerando séptimo]. “Décimo. Este Supremo Tribunal, en virtud de su potestad de control difuso, esto es, preferir una norma constitucional respecto a una norma legal con la que es incompatible, prevista en el segundo párrafo del artículo cinto treinta y ocho de la Constitución Política del Perú, considera inaplicable el segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, que excluye el beneficio de la reducción prudencial de la pena por responsabilidad restringida por edad, al agente que haya incurrido entre otros, en el delito de violación sexual, debido a que se contraponen con el derecho fundamental de igualdad ante la Ley, previsto en el inciso dos, del artículo dos, de la Constitución Política de Estado...” [Recurso de nulidad N° 2321-2014 HUANUCO, considerando Décimo]. Entre otros.

11 Artículo 138°, segundo párrafo, de la Constitución “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

- que se contrapone con el derecho fundamental de igualdad ante la Ley, previsto en el inciso 2), del artículo 2°, de la Constitución Política de Estado.
59. Lo antes señalado se corrobora con la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el fundamento cuadragésimo segundo de la Casación N° 335-2015 DEL SANTA, en el sentido siguiente: *“Es importante precisar que el “control difuso” de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2°, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena”.*
60. Conforme a lo expuesto, en el caso de autos, al tener 19 años de edad el sentenciado apelante, debe de procederse a valorar la responsabilidad restringida.
61. Pero previo ello, siguiendo los criterios jurisprudenciales expuestos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 335-2015 DEL SANTA, debe verificarse si la pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad prevista por el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal, resulta compatible con la Constitución. Al respecto, nos encontramos ante la colisión del principio de legalidad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución, en el extremo que prevé que nadie será sancionado con pena no prevista en la ley, con los principios de proporcionalidad, previsto en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución y en el artículo VIII del Código Penal que señala: *“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”* y de resocialización del reo, previsto en el artículo 139°, inciso 22, de la Constitución, así como el principio convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles, inhumanas o degradantes, garantizado en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese sentido, el conflicto de principios constitucionales se presenta en el presente caso, porque la pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, fijada por el legislador para proteger la “indemnidad sexual” de la menor agraviada, quien contaba al momento de los hechos con 13 años, 07 meses y 02 días de edad, es sumamente grave y representa en su límite máximo la pena privativa de libertad temporal más drástica de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe analizarse su aplicación en concordancia con los principios de proporcionalidad y resocialización. Para tal efecto, debe recurrirse al test de proporcionalidad, con sus tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sobre la idoneidad de la tipificación del delito de violación sexual presunta, en agravio de menores de 13 años de edad, en artículo 173°, inciso 2), del Código Penal, y la imposición de pena privativa de libertad para sus autores o partícipes; consideramos que es un medio idóneo para lograr la protección de la indemnidad sexual de los menores involucrados como víctimas; sin embargo, respecto al sub-principio de necesidad, la imposición de 30 a 35 años de pena privativa de libertad al autor o partícipe de la violación sexual de un menor de 13 años de edad (la agraviada tenía 13 años, 07 meses y 02 días de edad), no es un medio necesario o indispensable para lograr la protección efectiva del bien jurídico “indemnidad sexual”, por cuanto existen otras medidas alternativas,

igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo, por ende, la pena draconiana establecida por el tipo penal no supera el sub-principio de necesidad. En este extremo cabe mencionar la ilógica del legislador, cuando al regular la pena para el delito de homicidio, previsto en el artículo 106° del Código Penal, establece una pena de 6 a 20 años de pena privativa de libertad. Es decir, considera que solo entre 6 y 20 años es necesario privar la libertad de un homicida, para satisfacer el bien jurídico vida que protege dicho tipo penal. Entonces, para proteger otros bienes jurídicos de menor rango que la vida humana no se explica cómo es que se requiere de una pena mayor. En cuanto al sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, estando a que no se cumple el segundo paso del test de proporcionalidad (necesidad) en el caso concreto, carece de objeto analizar el tercer y último paso del mencionado test, tanto más que en los numerales siguientes se expone las razones que justifican que la pena impuesta por el colegiado a quo de 30 años de pena privativa de libertad debe ser revocada y reformándola imponer una pena menor;

62. En consecuencia, para determinar quantum de la pena aplicable al presente caso, vía control difuso, no sólo debe inaplicarse la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, sino también debe inaplicarse el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal;
63. Dentro de dicho contexto, procedemos a valorar la responsabilidad restringida invocada por el apelante; para tal efecto, este Colegiado hace uso de las pautas establecidas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que señala: "CUADRAGÉSIMO TERCERO: *Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica del este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis materia del presente recurso, siendo los siguientes: A. AUSENCIA DE VIOLENCIA O AMENAZA PARA ACCEDER AL ACTO SEXUAL...B. PROXIMIDAD DE LA EDAD DEL SUJETO PASIVO A LOS CATORCE AÑOS...C. AFECTACIÓN PSICOLÓGICA MÍNIMA DE LA VÍCTIMA... D. DIFERENCIA ETÁREA ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO...*". [Casación N° 335-2015 DEL SANTA, fundamento de derecho cuadragésimo tercero].
- a) En cuanto a la existencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, el perito médico Leonardo Wilfredo Subia Quispe, al ser examinado durante el juicio oral –véase a folios 68 del cuaderno de debate–, refirió que: "...presenta himen complaciente con lesiones genitales recientes...presenta lesiones paragenitales de data reciente...presenta lesión traumática reciente ocasionada con objeto contundente...", los cuales denotan la existencia de actos de violencia.
- b) En cuanto a la proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años, en el caso de autos la menor agraviada tenía 13 años, 07 meses y 02 días de edad, al respecto cabe señalar que ésta circunstancia no puede ser tenida en consideración en el caso de autos para atenuar la pena, por cuanto, la menor agraviada no prestó su consentimiento para tener relaciones sexuales, dado que, ésta circunstancia únicamente resulta relevante en el caso que la menor agraviada haya prestado su consentimiento para tener relaciones sexuales, dado que al cumplir los 14 años su consentimiento válido convierte en atípica la relación sexual tenida, tampoco puede ser considerada como una

circunstancia agravante, por cuanto la edad de la menor agraviada ya ha sido tenida en consideración en el tipo penal, de volverse a valorar dicha circunstancia se incurriría en una doble valoración.

- c) En cuanto a la afectación psicológica mínima de la víctima, el perito psicólogo Edgar Gutiérrez Gutiérrez, durante su examen en el juicio oral – véase a folios 84-85 del cuaderno de debates- ha referido que: *“...el maltrato psicológico que se consigna en las conclusiones estaría asociado a lo que cuenta en la cámara gessel en varios momentos de su anamnesis menciona de abuso sexual y de violación...al ingresar la menor al examen psicológico de evaluación psicológica se le nota así la fisonomía de su rostro su semblante, de la menor pues es de tristeza con ánimo depresivo, también de timidez, de temor, en las conclusiones el primer punto es maltrato psicológico, ese maltrato psicológico es derivado al motivo de la denuncia, al motivo de la demanda, en este caso de violación o de abuso sexual, asociado en este caso a un estresor sexual”*.; por tanto, la afectación psicológica en la menor agraviada no es mínima.
- d) En cuanto a la diferencia etárea entre el sujeto activo y pasivo, la agraviada tenía 13 años, 07 meses y 02 días de edad y el imputado tenía 19 años, existiendo una diferencia de aproximadamente 6 años entre ambos, debiéndose tomarse en cuenta como atenuante en el caso de autos.

64. Dentro de dicho contexto, en cuanto a la determinación judicial de la pena concreta, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha referido que: *“CUADRAGÉSIMO QUINTO: Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, nos encontraríamos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por “control difuso”, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29° del Código Penal acotado, que establece, la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años...”*. [Casación N° 335-2015 DEL SANTA, fundamento de derecho cuadragésimo quinto]. En consecuencia, en el caso de autos, el extremo mínimo de la pena a imponerse será de 2 días y el extremo máximo de la pena a imponerse será de 35 años.
65. En el caso de autos, sin perjuicio de la responsabilidad restringida, no concurren otras circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas que modifiquen el marco penal antes referido, por tanto, la determinación de la pena debe realizarse siguiendo el procedimiento referido en los incisos 1) y 2) del artículo 45°-A del Código Penal. Asimismo, de la revisión de la actuación probatoria existente en autos, no se advierte la concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 46°, incisos 1) y 2) del referido Código, por tanto, la pena concreta se determinará teniendo en consideración las circunstancias mencionadas en el parágrafo 63 de la presente sentencia. Se advierte la concurrencia de circunstancias que atenúan –*la diferencia de edades entre el imputado y la víctima-*, y que agravan –*el uso de violencia y la afectación psicológica-* el delito, en consecuencia, la pena deberá de fijarse dentro del tercio medio del marco punitivo, esto es, entre los 11 años con 8 meses y los 23 años con 4 meses, en consecuencia teniendo en consideración las circunstancias antes mencionadas, éste Colegiado considera prudente la imposición de **15 años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva**.

66. La teoría de la voluntad impugnativa como expresión concreta de la garantía de tutela jurisdiccional y del principio *iura novit curia*, permite conocer cuestiones no planteadas expresamente o **planteadas por cauce inadecuado** pero que se entienden comprendidas tácitamente en la impugnación formulada; permite reconducir un motivo de impugnación. Se debe analizar el argumento contenido en el recurso, y, a partir del mismo, si fuera el caso reconducirlo a la causal o pretensión legalmente procedente. En el caso de autos, si bien la pretensión impugnatoria postulada por el apelante es la nulidad de la sentencia, empero el cuestionamiento respecto de que no se ha tenido en consideración la responsabilidad restringida, no puede dar lugar a que se anule la sentencia, **sino más bien a que se revoque** éste extremo, por tanto, esta Superior Sala debe reconducir éste extremo de la apelación, por el cauce que realmente corresponde, esto es, el de revocatoria de la pena impuesta.

Valoración de los medios probatorios.

67. El abogado defensor de apelante refiere que, **se ha contravenido el artículo 394 del Código Procesal Penal, pues no se ha efectuado la valoración de acuerdo al artículo 397 del Código Procesal Penal, habiéndose efectuado una valoración diminuta y no ha valorado acorde a la realidad y al certificado médico se le ha dado un valor distinto a los lineamientos establecidos pues no se ha establecido certeramente que haya existido penetración.**
68. Al respecto cabe señalar, como se ha expuesto anteriormente, la sentencia recurrida sí ha realizado una valoración adecuada de los medios probatorios actuados durante el juicio oral, asimismo cabe reiterar, que no en todos los casos de violación sexual la pericia será determinante, y que la referida pericia no es el único medio probatorio con el que se puede acreditar la penetración – véase el párrafo 44-.
69. En cuanto a que, **no existe una adecuada correlación entre los hechos imputados, pues el día de los hechos se ha señalado que a la agraviada se le habría suministrado una sustancia tóxica empero en los hechos imputados no se ha mencionado qué sustancia tóxica es, menos el perito ha encontrado dicha sustancia, asimismo en el lugar de los hechos tampoco se ha encontrado la sustancia tóxica.**
70. Al respecto cabe señalar que, como se ha expuesto anteriormente, lo que se sanciona con el delito de Violación Sexual de Menor Edad, es el acto sexual en sí mismo, no siendo parte del tipo penal la violencia –*también la violencia impropia mediante sustancias tóxicas*- o amenaza, por tanto, que no se haya acreditado el uso de dicha sustancia tóxica en nada modifica la configuración del tipo penal, empero, puede ser tomada en consideración como una circunstancia para la determinación judicial de la pena, no obstante, en el caso de autos al no haberse acreditado su uso no puede ser utilizada para la fijación de la pena.

Pronunciamiento sobre lo declarado por el imputado en la audiencia de apelación de sentencia.

71. El sentenciado condenado Iván Michael Luna Vargas ha referido, *básicamente que, no tuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, que cuando estuvieron en su cuarto sólo conversaron, y que al ingresar su madre los boto de su cuarto, por lo que, se dirigieron a la plaza donde se despiden. Asimismo, que nunca*

reconoció haber tenido relaciones sexuales con la menor agraviada, pues sólo ha declarado en Juliaca, y que su abogado le hizo firmar dos hojas en blanco y le indicó que era para archivar el caso; no obstante, la versión de que nunca han tenido relaciones sexuales, ha sido desvirtuada como se ha fundamentado en la presente sentencia de vista, asimismo, no se ha acreditado que haya firmado hojas en blanco para entregárselas a su abogado defensor.

SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN LA TEORÍA DEL DELITO Y SUS CONSECUENCIAS.

Juicio de Tipicidad.

72. Conforme a la tesis formulada por el Ministerio Público, en el requerimiento acusatorio se atribuye al imputado la comisión del delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°, primer párrafo, inciso 2) del Código Penal.
73. El hecho central atribuido al imputado, es haber mantenido relaciones sexuales vía vaginal en fecha 01 de setiembre de 2016 con la menor de iniciales E.C.Q.G., cuando la menor agraviada contaba con 13 años, 07 meses y 02 días de edad, conforme se aprecia de su partida de nacimiento— véase a folios 22 del expediente judicial—.
74. El delito de violación sexual de menor de edad previsto en el artículo 173°, primer párrafo, inciso 2) del Código Penal, es un delito común que puede ser cometido por cualquier persona.
75. En lo que corresponde al sujeto pasivo del delito, puede ser un varón o una mujer cuya edad fluctúe entre los 10 a 14 años de edad; en el presente caso, conforme a la partida de nacimiento de la menor agraviada a que hemos hecho referencia, la menor agraviada contaba con 13 años, 07 meses y 02 días, al momento de los hechos.
76. Asimismo, la conducta típica también se ha puesto de manifiesto, pues el imputado al haber mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada, ha realizado la conducta típica – tener acceso carnal vía vaginal— con una menor de 14 años de edad; de modo que por la edad de la víctima, no estaba en posibilidad de consentir una relación sexual, pues el bien jurídico que la Ley busca proteger con éste delito, es el normal desarrollo de la sexualidad de las personas, lo que en doctrina se ha venido en denominar la **indemnidad sexual**, bien jurídico que ha sido lesionado por el imputado, al haber sometido a prácticas sexuales a una menor antes que alcance el desarrollo psicológico y fisiológico establecido por Ley; por lo tanto, podemos considerar que concurren todos los elementos de tipo objetivo del delito de violación sexual de menor edad.
77. Con relación al tipo subjetivo, se tiene que el imputado ha actuado con conocimiento y voluntad de que la agraviada era una menor de 14 años de edad, no obstante, haber alegado inicialmente el error de tipo invencible, dicha alegación no fue amparada.

Juicio de Antijuridicidad.

78. La defensa del imputado Iván Michael Luna Vargas, no ha invocado ninguna causa de justificación, ni la misma aparece del decurso de los hechos; por lo

que, puede considerarse que la conducta desplegada por el imputado es antijurídica.

Juicio de Culpabilidad.

79. La culpabilidad tiene por finalidad evaluar si el procesado ha actuado con capacidad penal, y si ha tenido conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, así como de la posibilidad de actuar conforme a ese conocimiento; de modo que para este efecto, debe verificarse la concurrencia de alguna causa de inculpabilidad; en el caso de autos, no se ha cuestionado la capacidad penal del imputado, tampoco se ha cuestionado el conocimiento de la antijuridicidad de los hechos, menos que no haya estado en posibilidad de actuar de acuerdo a derecho y no menoscabar bienes jurídicos tutelados. Por lo tanto, consideramos que la conducta del sentenciado condenado es culpable.

Determinación judicial de la pena.

80. Teniendo en consideración, la concurrencia de circunstancias que atenúan *-la diferencia de edades entre el imputado y la víctima-*, y que agravan *-el uso de violencia y la afectación psicológica-* el delito, en consecuencia, la pena deberá de fijarse dentro del tercio medio del marco punitivo, esto es, entre los 11 años con ocho meses y los 23 años con 4 meses, en consecuencia, éste Colegiado considera prudente la imposición de 15 años de pena privativa de libertad.

Reparación civil

81. Con relación a la reparación civil, en la sentencia de primera instancia se ha fijado por concepto de reparación civil la suma de cinco mil soles, que debe ser pagado en forma solidaria por el sentenciado condenado: Iván Michael Luna Vargas a favor de la menor agraviada de iniciales E.C.Q.G., representada por su madre Soledad Hilda Guzmán Murillo, monto que atendiendo a las circunstancias en que se cometió el delito resulta razonable, tanto más que, en ésta instancia no se produjo mayor debate al respecto.

Sobre el pago o no de costas del recurso de apelación.

82. El artículo 504, inciso 2° del Código Procesal Penal, prevé que, las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito. En el caso de autos, no obstante no disponerse la nulidad de la sentencia recurrida, empero se atenuó la pena impuesta, por tanto, debe de exonerarse al apelante del pago de las costas en la tramitación del recurso de apelación.

V.- DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, la Sala Penal de Apelaciones de San Román - Juliaca, integrada por los señores Jueces Superiores: Condori Ticona, Gálvez Condori y Ticona Ura; **por unanimidad**,

PRIMERO.- INAPLICARON el mínimo y el máximo de la pena conminada de treinta a treinta y cinco años de pena privativa de libertad prevista en el artículo 173°, primer párrafo, inciso 2), y la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal.

SEGUNDO.- DECLARARON fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado condenado Iván Michael Luna Vargas.

TERCERO.- CONFIRMARON la sentencia N° 36-2016, pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de San Román-Juliaca, contenida en la resolución N° 14-2016, de fecha 04 de mayo de 2016, que obra de folios 104-132 del cuaderno de debates, que **FALLA: condenando** al imputado **Iván Michael Luna Vargas**, como **autor** del delito Contra la Libertad, en su modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de Violación Sexual de Menor de Edad previsto y sancionado en el artículo 173°, primer párrafo, inciso 2 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales E.C.Q.G.; fija por concepto de reparación civil la suma de cinco mil soles que deberá pagar el sentenciado Iván Michael Luna Vargas a favor de la menor agraviada representada por su madre Soledad Hilda Guzmán Murillo; con lo demás que contiene.

CUARTO.- REVOCARON dicha sentencia en el extremo que impone a Iván Michael Luna Vargas, treinta años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva; y, **REFORMANDOLA** le impusieron **quince años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva**, el mismo que la cumplirá en el Establecimiento Penal de Juliaca o en la que determine la autoridad penitenciaria; haciendo presente que el inicio de la ejecución de la referida pena privativa, deberá computarse desde el día de su detención por parte de la autoridad policial que fue el pasado seis de noviembre de dos mil catorce (06-11-2014), consecuentemente vencerá el próximo cinco de noviembre de dos mil veintinueve (05-11-2029).

QUINTO.- EXONERARON al apelante del pago de las costas en la tramitación del recurso de apelación por haber tenido éxito parcial el recurso de apelación que interpuso.

SEXTO.- DISPUSIERON la elevación en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso de que no se interponga recurso de casación.

S.S.

CONDORI TICONA (D.D.)

GALVEZ CONDORI

TICONA URA



PODER JUDICIAL DEL PERU
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO

Sala Superior Penal de Apelaciones de la provincia de San Román-Juliaca, en adición Sala Penal Liquidadora con competencia en toda la zona norte del Distrito Judicial de Puno, en adición Sala Penal Especializada en delitos aduaneros, tributarios, comerciales, de mercado y ambientales con competencia en todo el Distrito Judicial de Puno.

SENTENCIA DE VISTA N° 77 -2017

EXPEDIENTE	: 00008-2014-72-2111-JR-PE-01.
PROCEDE	: Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de San Román- Juliaca.
CUADERNO	: Apelacion de Sentencia.
ACUSADO(s)	: Uriel Capra Cáceres y otros.
AGRAVIADO(s)	: H.F.Ch.C.
DELITO(s)	: Violación Sexual y otro.
ASISTENTE JURISD.	: Pelayo Saturnino Salazar Quispe.
ESPEC. DE AUD.	: Edith Mamani Ito.
DIRECTOR DEBATES	: Gallegos Zanabria.
CONFORMACION SALA	: Mamani Coaquira-Layme Yopez-Gallegos Zanabria.

RESOLUCION N° 43-2017

Juliaca, 07 de julio de 2017.

VISTOS y OIDOS; en audiencia privada de apelación de sentencia, por la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Provincia de San Román, en adición a sus funciones Sala Penal Liquidadora, con competencia en la zona norte del Distrito Judicial de Puno; en adición a sus funciones Sala Penal Especializada en delitos aduaneros, tributarios, comerciales, de mercado y medioambientales, con competencia en todo el Distrito Judicial de Puno; presidida por el Juez Superior Oswaldo Mamani Coaquira, e integrada por los jueces superiores Hernán Layme Yopez y Justino Jesús Gallegos Zanabria (Director de Debates), el proceso penal N° **00008-2014-72-2111-JR-PE-01**, seguido en contra de **Anthony Paul Molina Purhuaya** y otros, por la comisión del delito Contra la Libertad, en su modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de **Violación Sexual Agravada** y otro, en agravio de persona mayor de edad cuyas primeras letras de sus nombres y apellidos son H.F.Ch.C. (en adelante agraviado). En esta audiencia participaron: Waldy Flores Peralta, Fiscal Superior de la Segunda Fiscalía Superior Penal de la provincia de San Román; Andrés Ramiro Cusipuma Acevedo abogado del acusado no presente **Anthony Paul Molina Purhuaya**.

I.- MATERIA DE GRADO:

La sentencia¹ N° 73-2016, contenida en la resolución N° 36-2016, fechada el veinticinco de octubre del año dos mil dieciséis, emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la provincia de San Román, en el extremo de la parte resolutive en lo que los jueces **FALLAN: 3.3 RECONDUCIENDO** los hechos y por tanto, **CONDENANDO** al acusado **Anthony Paul Molina Purhuaya**, cuyas generales de ley obran en la parte

¹ SENTENCIA Pág. 300/359 del cuaderno de debates.

expositiva de la sentencia, como **cómplice secundario** de la comisión del delito Contra la Libertad, en su modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de **VIOLACIÓN SEXUAL AGRAVADA**, previsto en el artículo 170° primer párrafo del Código Penal como tipo base y agravado por el numeral 1. del segundo párrafo del referido artículo y Código y en agravio de la persona mayor de edad identificado con las iniciales H. F. Ch. C.; y como tal, **LE IMPONEN** al referido sentenciado **Anthony Paul Molina Purhuaya**, pena privativa de libertad de **CUATRO (04) AÑOS EFECTIVA**. Asimismo, en **concurso real** en amparo de la Tesis Desvinculativa del Juzgado, **CONDENAN** al acusado **Anthony Paul Molina Purhuaya**, como **coautor** de la comisión del delito Contra el Patrimonio, en su modalidad de Robo, en su forma de **ROBO AGRAVADO**, previsto en el artículo 188° del Código Penal como tipo base y agravado por el artículo 189° primer párrafo numerales 2, 3, y 4. y tercer párrafo del referido Código y en agravio de H.F.Ch.C.; y como tal, **LE IMPONEN** al citado sentenciado **Anthony Paul Molina Purhuaya**, la pena privativa de libertad de **ONCE (11) AÑOS EFECTIVA**; en consecuencia, los mencionados ilícitos penales al tratarse de un concurso real de delitos, la pena privativa de libertad de cuatro (04) años impuesta en el extremo del **Delito de Violación Sexual Agravada** (delito menos grave), se deberá sumar a la pena impuesta de once (11) años de privativa de libertad en el extremo del **Delito de Robo Agravado** (delito grave), y sumadas ambas penas hacen un total de **QUINCE (15) AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA**, cuya ejecución se realizará en el Establecimiento Penitenciario de Juliaca o en el que designe la autoridad administrativa penitenciaria, debiendo al respecto girarse el **OFICIO** correspondiente, haciendo presente que el inicio de la ejecución de la referida pena será el día de la detención del referido sentenciado; por tanto, **DISPONEN** la inmediata ejecución provisional de la pena privativa de libertad impuesta en la presente sentencia a **Anthony Paul Molina Purhuaya**, debiendo en su momento girarse el **OFICIO** respectivo al Director del Establecimiento Penitenciario de Juliaca; y advirtiéndose que el referido sentenciado no ha concurrido a la presente Sesión de Audiencia lectura de sentencia, **GÍRENSE** los **OFICIOS** respectivos a la autoridad policial para la captura del mismo y a las demás autoridades que tengan que ver con requisitorias, para luego, previa identificación correspondiente, sea internado en el Establecimiento Penitenciario de Juliaca o en el que designe la autoridad administrativa penitenciaria; **3.4 FIJANDO** por concepto de la reparación civil la suma de TREINTA Y CINCO MIL SOLES (S/. 35 000.00) en el extremo del **Delito de Violación Sexual Agravada** y la suma de QUINCE MIL SOLES (S/. 15 000.00) en el extremo del **Delito de Robo Agravado**, sin perjuicio de que el sentenciado Anthony Paúl Molina Purhuaya restituya las zapatillas sustraídas o en su defecto, pague en dinero el equivalente de dichas zapatillas en favor del agraviado; que los referidos montos de reparación civil deberán ser pagadas por el citado sentenciado mediante depósitos judiciales en el Banco de la Nación a favor del actor civil (agraviado).

II.- APELANTES, PRETENSIÓN IMPUGNATIVA y ALEGATOS:

2.1 APELANTES.

El apelante, solo es el sentenciado condenado **Anthony Paul Molina Purhuaya**, (en adelante apelante o acusado), quien en el acto de lectura de

sentencia interpuso recurso de apelación (Pág. 295/299); formalizándola por escrito (pág. 364/367)².

2.2 PRETENSIÓN IMPUGNATIVA.

SOLICITA se Revoque la sentencia materia de apelación precisando en el numeral 3.3 y 3.4 de la parte resolutive, reformándola se le Absuelva de culpa y pena y del pago de reparación civil.

2.3 ALEGATOS.

Como fundamentos de su apelación señala básicamente los siguientes:

- El juzgador no ha hecho una apreciación justa y equitativa de los medios de prueba, de la participación del recurrente, es así que los hechos son genéricos, nada en específico, el recurrente no participo directa ni indirectamente en los hechos de violación menos de robo agravado, por cuanto el mismo y supuesto agraviado no lo incrimina.
- Sobre la sustracción de las zapatillas su patrocinado no participo si no le fue puesto en su mochila y que distraídamente se lo llevo, en el plenario no se ha probado la pre existencia, menos el valor de la zapatillas.
- La pena impuesta al recurrente no guarda razonablemente, relación de causalidad entre lo sustraído y la pena impuesta, de ser cierto el hecho de la autoría o coautoría, como tampoco guarda relación en el hecho de violación siendo una sentencia forzada.
- Han sido analizados las agravantes, mas no así el hecho de duda que favorece al reo, menos el tipo base, en especial del verbo rector que rige el delito de robo agravado "sustraer" como en el de violación "penetrar", cuyas conclusiones toma el juzgador sin apreciar la pericia y la declaración del médico quien dijo que no existía penetración y el juzgador inventa este extremo. El agraviado manifiesta que el recurrente estuvo en el evento pero no refiere cual fue la conducta precisa que realizó.
- Al no haberse realizado pormenorizadamente un análisis, y la conducta atribuida en relación a los tipos penales, no se puede imponer una pena y todavía gravísima en contra del recurrente, cuya minoría de edad tampoco ha sido considerada.
- En relación a la reparación civil, tendrá que pagar por hechos que no cometió, que cometieron otras personas; lo que deberá de tomarse en cuenta por el superior en grado a efecto de revocar la impugnación y reformándola que se absuelva de culpa y pena.

2.3 ALEGATOS EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN:

2.3.1 ABOGADO DEL APELANTE:

Luego de ratificarse en su apelación añadió lo siguiente:

- En cuanto al delito de violación sexual. El agraviado prestó su declaración ante el plenario, pero no se refirió a su patrocinado como autor o coautor, más bien se refirió a Uriel Capra como al que le introdujo su pene; tampoco que su patrocinado haya prestado ayuda;

- A Uriel Capra se le procesó como autor y a su patrocinado como cómplice secundarios, se absuelve al presunto autor y se condena al cómplice secundario.
- El perito médico Eugenio Maquera Flores, dice borramiento de pliegos anales, pudo haber tocamientos, pero los jueces dicen que hubo penetración peniana; sin embargo el autor de esa penetración ha sido absuelto, dicen porque se retiró temprano. Con ello la violación sexual ha sido descartada. A su patrocinado se le considera cómplice secundario porque su aporte no era necesario; ¿entonces por qué se le condena? El certificado médico legal causa dudas, siendo así, ha debido absolverse a su patrocinado.
- En cuanto al delito de robo, por un par de zapatillas sin saberse de su existencia ni valor.
- Fue Luis del grupo de los "EMOS" quien las sustrajo, no se demostró la participación de su patrocinado, no se demostró la preexistencia ni se realizó la valorización de las zapatillas
- Solicita se revoque la condena y se disponga la absolución de su patrocinado.

2.3.2 MINISTERIO PÚBLICO:

- Hemos escuchado la defensa, argumentando que no se valoró justa ni equitativamente las pruebas, como el certificado Médico Legal;
- El derecho de presunción de inocencia no es absoluto;
- El proceso ha sido tramitado observando el debido proceso, resguardando la presunción de inocencia, luego de lo cual el colegiado llegó a la convicción plenamente acreditada de los delitos por los que condena en concurso real.
- Solicita se confirme la sentencia.

2.4 PALABRAS DEL APELANTE (autodefensa):

- No se hizo presente a la audiencia; y

III.- CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Hechos imputados, calificación jurídica y pretensión punitiva.

El Ministerio Público, en su dictamen acusatorio³ y subsanación⁴ reproducida en el juicio oral; atribuye a **ANTHONY PAUL MOLINA PARHUAYA**, lo siguiente:

1.1 Hechos Imputados.

Que en fecha 15 de noviembre del 2013, el imputado URIEL CAPRA CACERES, siendo ya aproximadamente las 23:00 horas, sujeta de su mano al agraviado y con uso de la fuerza, junto con los otros sujetos, logra conducirlo hasta el cerro, ubicado poco más arriba de las gradas del Jr. 7 de junio (cuadra ocho) de esta ciudad, siendo que , en la parte del cerro se hallaban otros integrantes de "LOS EMOS", una vez ahí, el imputado URIEL CAPRA CACERES, agrede físicamente al agraviado, golpeándolo en el rostro, propinándole patadas y puñetes, y provisto con un pico de botella lo agrede en diferentes partes del cuerpo, agresiones que se producen con participación de integrantes de "LOS EMOS", entre ellos, el adolescente LARIC IVAN CAPRA

³ Requirimiento de acusación Pág. 02/18 cuaderno de debates.

⁴ Subsanación de acusación Pág. 19/21 cuaderno de debates.

FLORES, el imputado ANTHONY MOLINA PURHUAYA, los sujetos de nombres "BRAYAN", "DEYBI", y "LUIS"; así, en el momento de los hechos, ANTHONY MOLINA PURHUAYA, agarra del cuello al agraviado, y lo golpea, propinándole puñetazos en la cabeza, a su turno el sujeto de nombre "DEYBY", también golpea al agraviado, utilizando una piedra y además propinándole puñetes, en tanto, el adolescente LARIC IVAN CAORA FLORES, igualmente propina golpes en su cabeza, altura de su cara y el hombro del agraviado, en ese contexto, ANTHONY MOLINA PURHUAYA, a través de golpes, hace caer al suelo al agraviado, y aprovechando ello, el sujeto de nombre "LUIS", empieza a golpear al agraviado, a la altura de su cabeza, utilizando una piedra, luego de ello, el imputado ANTHONY MOLINA PURHUAYA y los otros sujetos presentes, ayudan al imputado URIEL CAPRA CACERES, a bajar el pantalón del agraviado, así como arrebatarse sus zapatillas, siendo que URIEL CAPRA CACERES lanza el pantalón del agraviado al techo de una casa, así mismo, le sustrae su celular marca SAMSUNG, táctil de color negro, su DNI, una sarta de llaves, Y SU CASACA, para luego bajar la ropa interior del agraviado, y colocándose un preservativo, procede a abusar sexualmente del agraviado vía anal; posteriormente, el sujeto de nombre "LUIS", entrega las zapatillas del agraviado, ANTHONY MOLINA PURHUAYA, quien se lleva consigo tales bienes, colocándolos en una mochila que portaba en el momento de los hechos (...). Por lo que, se ha cumplido a cabalidad, en donde bien se ha indicado el relato circunstancial de tiempo, modo, lugar, entre otros, de cómo han sucedido los hechos.

1.2 Calificación jurídica.

Los hechos expuestos han sido calificados por el Ministerio Público como:

Respecto de la calificación principal:

i) Delito Contra la Libertad, en su modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de **VIOLACIÓN SEXUAL AGRAVADA**, previsto en el artículo 170° primer párrafo del Código Penal como tipo base y agravado por el numeral 1 del segundo párrafo del referido artículo y Código.

ii) Delito Contra el Patrimonio, en su modalidad de Robo, en su forma de **ROBO AGRAVADO**, previsto en el artículo 188° del Código Penal como tipo base y agravado por el artículo 189° primer párrafo numerales 2, 3, y 4 tercer párrafo del referido código.

1.3. Pena solicitada.

El Ministerio Público, ha solicitado se imponga a **Anthony Paúl Molina Purhuaya**, pena privativa de libertad por concurso real de delitos por violación sexual y por robo agravado es de **CADENA PERPETUA**; y una Reparación Civil de veinte mil nuevos soles (S/. 20,000.00), a favor del agraviado.

SEGUNDO.- Enunciado normativo.

2.1 Violación sexual.

Artículo 170° primer párrafo del Código Penal, agravado por el numeral 1 del segundo párrafo del mismo artículo y Código modificado por el artículo 1° de la Ley N° 30076:

“El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos”.

2.2 Robo agravado.

Artículo 188 del Código Penal modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27472, publicada el 05-06-2001, establece:

“El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.”

Agravantes están el Artículo 189 del Código Penal modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, establece:

“La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.”

2.3 Procesal. El artículo 419.1 del CPP señala:

“1. La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho. 2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente.”

En tanto que el Artículo 425.2 del mismo CPP señala:

“La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediatez por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.”

En el literal b) del numeral 3 del Artículo 425 del mismo CPP señala:

“La sentencia de segunda instancia sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409 puede: Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.”

TERCERO.- Análisis y pronunciamiento respecto al delito de Violación sexual.

3.1 Doctrinario.

El bien jurídico protegido por el delito de violación sexual, es la libertad sexual, que comprende la capacidad de autodeterminación de la persona pero referida al ámbito específico de las relaciones sexuales.

Comentando sobre el bien jurídico libertad sexual protegido por el delito en referencia, SALINAS SICCHA⁵ señala:

"En cuanto que la libertad sexual comprende no solo el sí, el cuándo o el con quién nos vamos a relacionar sexualmente, sino también el seleccionar, el elegir o aceptar el tipo o clase de comportamiento y acción sexual en la que nos vamos a involucrar. La libertad sexual es la capacidad de toda persona de comportarse como a bien tenga en la actividad sexual".

a) Tipicidad objetiva y subjetiva.

- En nuestro ordenamiento penal actual, autor del abuso sexual puede ser tanto un hombre como una mujer.

b) **Autoría.** La autoría directa se consuma cuando una persona realiza los elementos del tipo penal, objetiva y subjetivamente.

Siendo éste el marco normativo doctrinario que permitirá enjuiciar los hechos incriminados. Por lo que a continuación corresponde establecer los hechos a probar y verificar la prueba con la que se ha emitido la sentencia impugnada.

3.2 Hechos a probar.

En ese contexto, los hechos a probar en el presente caso de acuerdo a la acusación, y al tipo penal invocado por el Ministerio Público, serían: 1) Que el agraviado haya sufrido acceso carnal por la vía anal, el día 15 de noviembre del 2013; 2) Que el acusado **Anthony Paul Molina Purhuaya**, sea cómplice secundario de esa violación.

3.3 En la presente sentencia de vista hemos invocado los artículos 419 y 425 del CPP. Conforme a dichas normas procesales, la Sala Penal Superior para los efectos de resolver una apelación, sólo está facultada a valorar independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, es decir la prueba actuada en sede de apelación; estando también facultada para valorar las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada; en cambio no podrá otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. En ese marco legal, en el caso presente desde ya adelantamos, que conforme se puede verificar de las actas y registros de audio correspondientes, no se actuó ningún nuevo medio probatorio en esta sede de apelación. Por lo tanto lo único que puede valorar independientemente esta sala son las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. Apreciándose que en el juicio oral aparte de la prueba personal solo se actuaron pruebas periciales y documentales.

3.4 En el caso presente, la defensa del apelante en la audiencia de apelación ha precisado, que su pretensión impugnativa es la revocatoria de la sentencia

⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho Penal Parte Especial*, Volumen II, Editorial GRIJLEY, 4ª edición, Lima, 2010, p. 756.

de condena emitida por el juzgado colegiado de primera instancia, y la consiguiente absolución de su patrocinado. Por lo que habiéndose hecho la precisión anotada, el impugnante se encuentra en la obligación de acreditar los argumentos de su impugnación, para que se pueda acceder a su pretensión impugnativa. En tal sentido, tal y como aparecen de las actas, corroborado con el soporte magnético (grabaciones) y debate producido; se reitera que en esta instancia superior no se ha actuado ninguna nueva prueba para contradecir la prueba de cargo actuada en el juicio oral de primera instancia, a cuyo mérito se emitió la sentencia de condena. Por lo que corresponde únicamente evaluar de acuerdo a lo argumentado por la defensa técnica, si la prueba actuada en el juicio oral de instancia, ha sido correctamente valorada y si amerita una sentencia de condena o una absolución y si alternativamente existe una causal de nulidad de oficio, en vista que ninguna de las partes pretende la nulidad.

3.5 De la complicidad secundaria.

Habiendo el colegiado de instancia condenado al recurrente como cómplice secundario, para poder determinar si existe complicidad secundaria o no, es necesario recordar, que el Artículo 25 del Código Penal, en su segundo párrafo en cuanto a la complicidad secundaria, precisa *“A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”*. Al respecto el ex vocal supremo Javier Villa Stein⁶, define al cómplice aquel que sin realizar dolosamente el tipo coopera o ayuda al autor. Se requiere que el aporte sea real a la concreción del suceso, por medio de hechos o incluso de concejos. Entre los hechos puede figurar la facilitación de medios, anulación de la víctima, etc. Entre los concejos se admite cualquier intervención psicológica que soporte el actuar principal. En cuanto al **cómplice secundario** señala que lo será aquel que presta una cooperación no imprescindible y sin la cual igualmente podría haberse realizado el tipo. Normalmente se entenderá como caso de cooperación secundaria la del “campana” o vigilante durante un asalto. Es importante aclarar que la cooperación debe darse antes o durante la perpetración, pues no hay complicidad posterior a la consumación. Sin embargo, si la promesa de guardar el botín con posterioridad al atraco fue determinante para que el autor o coautor se determinara por proceder habrá complicidad.

3.6 Del delito de violación sexual.

En ese orden de ideas, de acuerdo a los fundamentos de la sentencia, el delito de Violación Sexual previsto en el Artículo 170 del Código Penal, en agravio de persona mayor de edad cuyas primeras letras de sus nombres y apellidos son H.F.Ch.C., se encontraría acreditado, básicamente con el Certificado Médico Legal N° 009359-H de fecha 25 de noviembre de 2013 (Pág. 9 del expediente judicial), incorporado en el juicio oral en la audiencia de fecha 27 de julio de 2017 con el examen de su autor el médico legista Eugenio Maquera Flores; con la declaración del agraviado y los testigos. Al respecto y aun cuando este colegiado revisor, no comparte plenamente dicha conclusión, esto es, de que el delito de violación sexual anal este plenamente acreditado, por cuanto el reconocimiento médico legal fue practicado diez días después de ocurridos los hechos, esto es cuando las lesiones de haberse producido el ultraje ya estarían

⁶ Javier Vila Stein. Derecho Penal Parte General. ARA Editores E.R.L. año 2014. Pág. 392.

en proceso de cicatrización, lo que el médico legista no describe sino que más bien **describe** lo siguiente: “borramiento de pliegues anales en horas XII y VI de las horas del reloj”, **concluyendo** “Hiperhemia, congestión y borramiento de pliegues anales, que puede ser compatible con abuso sexual por ano”; sin embargo, en el juicio oral explicó “que la cavidad anal está cubierta por pliegues, entonces digamos si encontramos un homosexual que ha tenido abuso sexual, esa persona no tiene pliegues anales.”, cuando se le pregunta *¿si pudo haber penetración en este caso?*, contestó: “no creo porque si hay penetración hay desgarró sangrado” Preguntado, entonces *¿qué ha pasado acá?* “Probablemente un tocamiento a ese nivel”; preguntado *¿si deja dudas al respecto?*, contestó: “**Así es**”. En consecuencia del estudio y análisis de los mencionados medios de prueba, lo mínimo que encontramos es duda en la realidad del propio delito, puesto que el mismo perito tiene duda sobre si habría sido penetrado o no, al indicar el perito médico que se trataría de tocamientos, que no es lo mismo que tener acceso carnal por vía anal o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, no obstante que agraviado relata que fue “percutado” y según su propia explicación es una metida y sacada del pene por el ano, lo que el perito medico no ratifica ni corrobora al declarar que hay duda. Lo que crea razonable duda en este superior Colegiado.

3.7 Ahora bien la investigación preparatoria, tiene como objeto reunir los elementos de convicción de cargo y descargo necesarios, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación; y en su caso al imputado preparar su defensa, tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe, de la víctima, así como del daño causado que sustenten la comisión del delito y la responsabilidad de los autores tal como lo prescribe el artículo 321 del Código Procesal Penal, y que los actos de prueba reunidos deben sustentar la tipicidad del evento delictivo tanto en su esfera objetiva y subjetiva, que permita al juzgador hacer el juicio de tipicidad y luego discurrir por los otros elementos del delito; los elementos de convicción adjuntados deben reconstruir los hechos históricamente que nos permita ingresar el juicio jurídico, que luego del juicio oral permitan emitir una sentencia de condena y caso de no probarse una sentencia absolutoria.

3.8 En ese escenario es de tenerse en cuenta que en la misma sentencia, se afirma, que si bien el delito se encuentra acreditado, no se determinó quien sería el autor, sin embargo condenan al recurrente como cómplice secundario. Ahora bien, en lugar de los hechos estuvieron presentes varias personas, mencionándose entre otros un tal “Luis” (al parecer el más agresivo), un grupo de los denominados “EMOS” (compuesto por unas seis a ocho personas), y otros “amigos”, todos los que agredieron al agraviado según la declaración del agraviado, produciéndole las lesiones que describe el certificado médico legal N° 009166-L de 18 de noviembre de 2013 (Pág. 8 del expediente judicial). Ante la descripción de los hechos, es de inferirse cualquiera de ellos podrían haber sido los presuntos autores, incluyendo al recurrente **Anthony Paul Molina Purhuaya**, quien niega ser el autor de la violación. Entonces la pregunta es *¿porqué considerar al recurrente cómo el único cómplice?*, si también pudo ser el autor de la presunta violación, y los demás circunstancias pudieron también

ser los autores de la violación y también pudieron ser cómplices, acogiendo el indicio de presencia, bien podrían ser también autores del ilícito y por qué no cómplices; a lo que se agrega que al agraviado solo sindicó a Uriel Capra Cáceres (absuelto en esta misma sentencia) y en ningún momento sindicó con precisión o directamente al recurrente ni a ninguno de los demás presentes. Siendo así en una apreciación razonada de la prueba individual y en conjunto surge razonable duda de la autoría a título de cómplice secundario del recurrente desde que el aporte para la realización del delito fue el mismo de los demás presentes, no apreciándose el aporte como cómplice secundario, volviendo al espacio de la duda, al no quedar plenamente comprobado que la actuación del recurrente haya sido de ayuda para la violación sexual, cuya realidad reiteramos quedó en duda conforme a la declaración del perito médico Eugenio Maquera Flores.

3.9 Para efectos de dictar sentencia se debe tener en cuenta las pruebas personales actuadas en el juicio oral, las que han sido valoradas por el colegiado de instancia en aplicación del principio de inmediación, por lo que estamos impedidos de darle diferente interpretación; sin embargo si podemos apreciar las pruebas documentales y pericias actuadas conforme al numeral 2 del artículo 425 del Código Procesal Penal, en el acto de Juicio oral, de acuerdo a la petición de los sujetos procesales, de las no se tiene seguridad de que el acusado haya sido autor o cómplice secundario, desde que no hay ningún medio de prueba que determine con certeza, la responsabilidad del acusado recurrente. En ese contexto, no se ha probado plenamente 1) Que el agraviado haya sufrido acceso carnal por la vía anal, el día 15 de noviembre del 2013; 2) Que el acusado **Anthony Paul Molina Purhuaya**, sea cómplice secundario de esa violación. Por lo que no queda sino absolver al acusado en este extremo de la acusación fiscal.

CUARTO.- Análisis y consideraciones de la sala de apelaciones respecto al delito de Robo agravado.

4.1. Sustantivo (delimitación típica).- A los efectos de realizar un adecuado juicio de subsunción es menester analizar los alcances interpretativos y dogmáticos del tipo penal por el cual se ha acusado, para luego ver si la conducta imputada se adecua al tipo penal analizado conforme a los hechos probados.

Delito de robo agravado.- Es el delito objeto de instrucción y materia de juzgamiento, tipificado en el artículo 189° primer párrafo incisos 2, 3 y 4 del Código Penal, concordante con el artículo 188° del mismo Código, que consiste *“en el apoderamiento de un bien mueble con valor patrimonial material, mediante la sustracción al igual que el hurto, pero con empleo de violencia y/o grave amenaza sobre las personas, de tal modo que anule la defensa de la víctima, logrando la sustracción y apoderamiento en evidentes condiciones de ventaja y dominio.”*⁷ Asimismo se trata de un delito de resultado donde el bien jurídico protegido es además del patrimonio, la vida, la integridad física y la libertad de la persona.

Para encuadrar un comportamiento humano en el delito contra el patrimonio en su modalidad de robo en su forma de robo agravado, previsto por el artículo

⁷ Salinas Siccha Ramiro, Derecho Penal, Parte Especial, GRIJLEY, Lima 2007, Pág. 903.

189 incisos 2º, 3º y 4º del Código Penal (Texto vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013), previamente debe tenerse en cuenta el tipo base previsto en el artículo 188 del mismo cuerpo de leyes, (Texto vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 1 de la Ley N° 27472, publicada el 05-06-2001). El tipo penal para el delito de robo requiere la conducta del agente *“que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física.”*

4.2. Agravantes: Constituye circunstancia agravante, conforme a la previsión contenida en el artículo 189º, incisos 2, 3 y 4 del Código Penal, si *“El hecho es cometido durante la noche o en lugar desolado, a mano armada, y con el concurso de dos o más personas.”*

4.2.1. Robo durante la noche o en lugar desolado.- Constituye circunstancia agravante ejecutar el robo aprovechando la circunstancia de la noche, entendida como el lapso de tiempo en el cual falta sobre el horizonte la claridad de la luz solar; el agente debe buscar la noche para realizar su accionar de sustracción ilegítima, pues sabe que tendrá mayores posibilidades de consumar el hecho al sorprender a su víctima. En tanto que el robo en lugar desolado, significa que la acción transcurre en un lugar que normalmente o circunstancialmente se encuentra sin personas; esto es que puede ser en un lugar despoblado como también puede ser un lugar poblado pero que en forma circunstancial o eventual se encuentra sin pobladores; se busca que conlleve el desamparo de la víctima, su desprotección, la ausencia de posibilidad de auxilio, la facilidad para la fuga y el ocultamiento, facilitan la realización y éxito del robo por parte del agente.

4.2.2. A mano armada.- Se configura cuando el agente porta o hace uso de un arma al momento de apoderarse ilegítimamente de un bien mueble de su víctima; debiendo entenderse por arma todo instrumento físico que cumple en realidad una función de ataque o defensa para el que la porta, en tal sentido constituyen armas para efectos de la agravante armas de fuego, armas blancas, etc.

4.2.3 Con el concurso de dos o más personas.- Los sujetos que se dedican a robar bienes muebles, lo hacen acompañados con la finalidad de facilitar la comisión de su conducta ilícita, pues, por la pluralidad de agentes merman o aminoran en forma rápida las defensas que normalmente tiene la víctima sobre sus bienes.

4.3. Bien jurídico protegido: La legislación nacional y la doctrina comparada en los delitos Contra el patrimonio apuntan, como bien jurídico tutelado, o como bien jurídico protegido el patrimonio representado por los derechos reales de posesión y propiedad.

4.4. Tipicidad subjetiva.- En cuanto al tipo subjetivo, el delito se comete a título de dolo directo, que está representado por el conocimiento por parte del sujeto activo que está haciendo uso de la violencia sobre la persona así como de la amenaza grave y la voluntad de actuar bajo tal contexto de acción, es

decir de utilizar tales medios para lograr o facilitar el apoderamiento del bien mueble. Así mismo es necesario el elemento subjetivo particular o específico como es el ánimo de lucro, lo que significa que el agente actúa movido o guiado por la intención de sacar provecho del bien mueble sustraído. Comporta igual que el hurto, dolo directo, pero posee un ingrediente cognoscitivo-volitivo mayor, el conocimiento por parte del sujeto activo que está haciendo uso de la violencia o amenaza grave sobre la persona y la voluntad de actuar bajo tal contexto de acción, es decir de utilizar tales medios para lograr o facilitar el apoderamiento del bien inmueble.

4.5. Tipicidad objetiva.- Es aquella conducta por la cual el agente haciendo uso de la violencia o amenaza sobre su víctima, sustrae un bien mueble total o parcialmente ajeno y se apodera ilegítimamente con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, concurriendo en el accionar alguna o varias circunstancias agravantes previstas en el Código Penal, exigiendo la verificación de la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos de la figura del robo simple; luego debe verificarse la concurrencia de alguna agravante específica caso contrario es imposible hablar de robo agravado.

En el caso que nos ocupa se tienen que probar las agravantes consistentes en a) durante la noche o en lugar desolado, b) a mano armada y c) con el concurso de dos o más personas.

4.6. Sujeto activo

Puede ser "cualquiera", no se exige la presencia de alguna cualidad especial en el sujeto activo o agente del delito de robo, por lo que sin duda autor puede ser cualquier persona natural. La única condición que se exige es que el agente no sea el propietario exclusivo del bien, pues, el objeto del bien debe ser "total o parcialmente ajeno"

Siendo este el marco jurídico normativo que sirve de sustento para emitir la presente sentencia.

QUINTO.- Apreciación de los hechos, valoración de los medios de prueba y juicio de subsunción por la Sala revisora.

Tipicidad objetiva y subjetiva respecto del delito de Robo Agravado.

5.1 Conforme fluye de la declaración del agraviado H.F.Ch.C., efectuada en juicio oral en la sesión de 24 de junio de 2016, éste ha ratificado que el día 15 de noviembre de 2013, en horas de la noche, luego de haber estado junto a varias personas tomando licor en diversas discotecas ubicadas en el jirón 07 de junio y otros lugares de la ciudad de Juliaca, entre otros con el acusado absuelto URIEL CAPRA CACERES, cuando parece que a este lo llama su mamá, y le dice que se va a ir, yéndose sin despedirse, siguieron tomando con Antony, Larick, Brayan y Luis, sus amigos de Deivis y cuatro personas más vestidos de negro, que él no tenía nada de plata; que Anthony como que quería golpearlo, le tenía bronca, estaban peleados, estaban discutiendo por la plata, Anthony lo saca arrastrando a la calle, dirigiéndose todos a la discoteca "carajos", Anthony le dice vamos por el cerro, diciendo el agraviado que es mejor ir por abajo, porque es más tranquilo; Anthony lo lleva del brazo por el

cerro, botándolo al suelo y empieza a golpearlo en la cara, como era obscuro gritó porque sintió golpes en su cabeza con algo duro, le golpeaban sus amigos, Luis agarra una piedra con la que lo golpea, pierde el conocimiento, Brayan agarra un vidrio golpeándolo le da con la botella en la cabeza rompiéndola; Luis le quita las zapatillas y las entrega a Anthony porque este tenía una mochila en la que se las guardó; que él estaba tirado en el suelo de costado, Luis le baja el pantalón y lo bota, le patean entre todos, le bajan la ropa interior y es ahí donde le percutan (metida y sacada un pene por el ano), no vio quien lo percuta era obscuro, no se dio cuenta quien lo hizo (..).

Esta Sala Superior, considera que lo declarado por el agraviado viene a ser un relato circunstanciado, de tiempo, modo, lugar, entre otros, de cómo han sucedido los hechos en cuanto al robo de las zapatillas del agraviado, cuya preexistencia está acreditada, por cuanto, días después con intervención de la policía nacional fueron halladas en las inmediaciones del lugar donde ocurrieron los hechos, ello conforme a la declaración del PNP Miguel Canaza Calsina, quien declaró en la sesión de fecha 15 de julio del año dos mil dieciséis.

5.2 Lo expuesto por el agraviado, es corroborado con las pruebas actuadas en juicio oral, valoradas por el colegiado de primera instancia al expedir sentencia; tales como:

Pruebas personales.

Testimoniales:

- En la sesión de fecha 27 de abril de 2016 (Pág. 110/114 cuaderno de debates) declaración del acusado **Uriel Capra Cáceres**; dijo que su mamá le estaba llamando como a las 9:00 de la noche insistiéndole que se retire, por lo que se despidió de Henry (agraviado) diciéndole me voy por las insistentes llamadas de su madre. Fue después de tres días que se enteró de los hechos, por su madre "que le dijo que vaya a declarar a la Comisaría por que llevo una notificación".
- En la sesión de fecha 27 de abril de 2016 (Pág. 110/114 cuaderno de debates) y en la sesión de fecha 13 de mayo de 2016 (Pág. 121/124 cuaderno de debates) declaración de **Anthony Paul Molina Purhuaya**; (Acusado); informa, que se fueron a tomar a la discoteca "La Habana", hemos comenzado a tomar desde las 9:00 a 10:00 de la noche, Uriel le dice que tiene que irse porque su mamá le estaba llamando y estaba renegando, y se quedaron con "LARIC" y con los demás amigos y después aproximadamente a las 10:00 de la noche decidieron ir a la discoteca "carajos" por el cerro, que queda por el Jr. San Martín, en eso le agarraron directamente a Henry tumbándolo al piso golpeándolo, Henry gritaba de dolor, pidiendo auxilio, ante cuyo pedido de auxilio una mujer gritó, por lo que, se levantaron y comenzaron a correr, y en eso Henry estaba en el piso, cuando lo estaban agrediendo a Henry estaba ahí, que en ese momento no ha visto que le quitaron el pantalón, no se ha percatado que el pantalón lo hayan botado hacia un techo de calamina, solo vio golpes y patadas que le dieron a Henry y tampoco se percató que ha Henry le han quitado las zapatillas, tampoco vio si Henry estaba con pantalón y zapatillas.

- En la sesión de fecha 25 de mayo de 2016 (Pág. 127/130 cuaderno de debates) declaración de **Fidela Carita Centeno** (madre del agraviado); el día viernes le dio permiso a su hijo como a las cinco hasta las nueve de la noche por que lo había llamado su amigo Uriel, y su hijo ya no apareció, el sábado lo encontró en el hospital Carlos Monge Medrano, por la llamada de una doctora del hospital; a su hijo lo encontró en la camilla, no había su pantalón ni sus zapatillas de su hijo y estaba en emergencia; luego lo trasladó a la clínica "Monte Sinaí" donde estuvo internado una semana, su hijo tenía cortes cruzados en la cara, su ojo estaba tapado con moretón y que no podía caminar; que después fue al cerro con un policía, la constatación se ha hecho después de cuatro días, en el lugar de los hechos se encontró sangre cerca a la cruz, su pantalón lo encontraron en un techo de calamina, y también le ha suplicado que arregle con la mamá de Uriel no quiso conversar.

- En la sesión de fecha 15 de julio de 2016, (pág. 201/216), cuaderno de debates, declaración de testigo **Miguel Canaza Calsina** ocupación Policía Nacional del Perú, declara sobre las circunstancias y condiciones en que procede a realizar la entrevista preliminar al agraviado, así como deberá precisar sobre los extremos el hallazgo de la prenda correspondiente al agraviado (un pantalón jean color azul, con algunas manchas de sangre). En el cerro las cruces también encontramos un charco de sangre era por el jirón 7 de junio había un inmueble con techo de calamina, donde encontraron el pantalón y las zapatillas, al momento de recoger el pantalón notaban si tenía sangre, pero no tenía conocimiento de este hecho de violación. En cuanto a las zapatillas; era un par de zapatillas quien recogió es la OFICRI recogió en cadena de custodia.

Pericias:

- En la sesión de fecha 27 de julio de 2016 (Pág. 218/221 cuaderno de debates) declaración del perito médico **Eugenio Maquera Flores**, autor del certificado médico legal N° 009166-L. de fecha 18 de noviembre de 2013 a favor del agraviado; donde ha realizado la revisión médica al agraviado, ha estado internado en el Hospital Carlos Monge Medrano de Juliaca como NN en estado de inconciencia, con diagnóstico con TEC en evolución, poli contuso estado etílico y luego la historia clínica indica que ha sido trasladada a la clínica Monte Sinaí de Juliaca por sus familiares de igual diagnóstico. El paciente sufre agresión pérdida de conocimiento al examen presenta un hematoma biperil derecho que cubre el ojo derecho, tiene hemorragia ojo derecho, herida de dos centímetros, por el estado de inconciencia que se encontraba el paciente, y por la cantidad de heridas que tenía ha podido participar más cantidad de gente de uno. De acuerdo a las características son con elementos contundentes, como patadas, puñetes, palo pero que tenga filo. En conclusión se ha puesto arma blanca por que tiene heridas de arma blanca que tiene filo.

Con el certificado médico legal N° 009359-H; de fecha 25 de noviembre del año 2013, este documento es solicitado por la policía y en el examen refiere que fue abusado sexualmente por unos señores llamados "emos", el examen se realiza en presencia de su madre y en región ano se apreció congestión hiperemia, la tonicidad esta disminuida, hay un borramiento de pliegues anales compatibles con abuso sexual por ano. Examinado el autor del certificado médico legal en juicio dijo: *"Cuando hacemos examen por conducto anal normalmente debe tener un tono si queremos abrir el ano sierra pero acá, está disminuido, dejaba abrir la vía anal externa, la*

hiperemia es una zona rojiza medio infectada que presenta alrededor del conducto anal externo, hay borramiento de pliegues en hora doce y seis no existe, no es alrededor digamos si encontramos un homosexual que ha tenido abuso sexual esa persona no tiene pliegues anales."

En cuanto al certificado médico legal N° 009700-PF-AR de fecha 05 de diciembre Del año 2013, es el certificado post facto, ampliación de certificación a la reevaluación paciente que se encuentra en mal estado general, no coordina, no se orienta bien en tiempo y espacio, trae informe radiológico en la cual indica en su conclusión fractura discretamente de apófisis transverso de lado izquierdo en la segunda vértebra lumbar, llega informe de Lima, resonancia magnética cerebral tomando en la clínica Monte Sinai, el cual indica signos de relación a hematoma submareal, se ha llegado a una conclusión de traumatismo encéfalo craneano según resonancia magnética fractura discretamente desplazada en apófisis transverso en lado izquierdo de acuerdo a la placa radiográfica, este certificado acredita la violencia empleada para la comisión del hecho.

- En la sesión de fecha 27 de julio de 2016 (Pág. 218/230 cuaderno de debates) se tiene la declaración de la perita psicóloga Guillermina Sonia Aco Coaguila; autora de la pericia psicológica N° 009388-2013-PSC-VF, de fecha 12 de noviembre del 2013, a favor del agraviado; esta perita refiere que, se evaluó, se hizo los pasos para seguir el protocolo, se le tomó el relato, después se hizo la historia psicológica de la etapa perinatal, se le aplicó técnicas psicológicas proyectivas, se observó la conducta de esta persona durante la evaluación y se hizo una correlación de todos los resultados llegando a las siguientes conclusiones; a) El agraviado al momento de la evaluación presenta una reacción a estrés agudo compatible a experiencia traumática. b) Indicadores de abuso sexual y se le recomendó terapia psicológica especializada por la sintomatología que presentaba.

- En la sesión de fecha 11 de agosto de 2016 (Pág. 234/238 cuaderno de debates) obra la declaración del médico cirujano Dionisio Duran Roque; de fecha 12 de noviembre del 2013, a favor del menor agraviado; refiere haber atendido al paciente con las iniciales H.F.Ch.C. el día 16 de noviembre del 2013, este último sufrió una agresión física por terceros por pérdida del sentido, vómitos y heridas en el cuello cabelludo; refiriéndose que ingresa en estado consciente; pero refirió que había perdido consciencia por unos minutos; respecto de las lesiones indica que tenía lesiones en el ojo derecho, tenía una equimosis llamado (ojo de mapache en el lado derecho), y herida en el cuello cabelludo; pero no se consigna en la historia clínica de cuantos centímetros ni tampoco cuantos fueron; refiere que el tratamiento que se ha seguido para este caso ha sido la sutura de la herida y el tratamiento de dolor y evitar la infección; respecto a la resonancia magnética indica se trata de un traumatismo craneo encefálico.

- En la sesión de fecha 31 de agosto de 2016 (Pág. 252/256 cuaderno de debates) declaración de la perita **Gladis Loayza Monroy**; labora en la oficina de criminalística; lo cual indica; se ha realizado el informe el 25 de noviembre de 2013, a horas tres de la tarde, se ha realizado en el jirón siete de junio, en medio de la pista al frontis del inmueble designado con el número 644, se ha realizado dos diligencias en la escena ha participado el señor fiscal Guido

Pilco, personal de la comisaria de Santa Bárbara, su persona, también la madre del agraviado la señora Carita Centeno Fidela, recojo de indicios y evidencias biológicas en este caso, en el lugar se halló un charco de mancha pardo rojiza impregnado en tierra, y al lado izquierdo se observa una vivienda de material rustico en cuyo techo de calamina se observa un jean de color azul la misma que se aprecia al momento de recoger y de verificar se observa impregnación de mancha rojiza, ha sido lacrada en su respectiva cadena de custodia

PRUEBA DOCUMENTAL (lectura de la prueba documental artículo 383 del CPP) en la sesión de fecha 28 de setiembre del 2016 (Pág. 269/274 cuaderno debates), 12 de octubre de 2016 (Pág. 279/282 cuaderno debates) y 21 de octubre de 2016 (Pág. 284/287 cuaderno debates):

- Tarjeta de control de asistencia del instituto CETPRO CREAR, obrante en folios 14 del expediente judicial;
- Boleta de venta 001184 de condición de estudiante que obra a folio 15 del expediente judicial.
- Boleta de venta 001183 de condición de estudiante que obra a folio 15 del expediente judicial.
- Oficio N° 119-2013-ME-DREP-UGEL-CETPROC-J, que acredita que el imputado Uriel Capra Cáceres era compañero del agraviado, de fecha 26 de noviembre del 2013, que se encuentra en folios 17 del expediente judicial.

POR EL APELANTE: no presento ningún medio de prueba.

5.3 De los referidos actos de investigación sometidos a debate en el juicio oral, se colige la existencia de prueba suficiente de la comisión del delito robo agravado, con el concurso de más de dos personas (Luis, Brayan, y los "emos"), los que inexplicablemente no fueron involucrados en las investigaciones después de ocurridos los hechos, siendo **Anthony Paul Molina Purhuaya**, al que se le atribuye haberse llevado las zapatillas objeto de robo, luego de que Luis despojara al agraviado de esta prenda de vestir, se las pone en su mochila llevándoselas, conforme se persuade de las declaraciones del adolescente Laric Iván Capra Flores de folios 77 a 83, del expediente judicial, donde al contestar la pregunta 24 menciona *"que nunca se le violó al agraviado, solo se le golpeó y robó sus zapatillas"*; al igual que al contestar la pregunta 13, refiere *"Que solo he visto que le han quitado sus zapatillas y su pantalón, y que la persona 'Luis' es el que pone las zapatillas en la mochila de Anthony y este es quien se lleva las zapatillas"*. No obstante ello el ilícito penal ha sido objeto de negación por parte del acusado recurrente cuando está probada su presencia en el lugar de los hechos y además que él fue quien se llevó las zapatillas, de acuerdo a la declaración del testigo mencionado; los demás testigos presumían luego de que "Luis" le quitara las zapatillas, que se las puso en la mochila de Anthony quien se los llevó, y aun cuando después estas fueron recuperadas después de cuatro días en el lugar de los hechos, por el Policía Nacional del Perú Miguel Canaza Calsina, quien declaró que en el jirón siete de junio había un inmueble con techo de calamina donde se encontró pantalón y un par de zapatillas; de este hallazgo se infiere que las zapatillas fueron llevadas y tiradas en dicho lugar por **Anthony Paul Molina Purhuaya**, para evitar que se le encuentre con el cuerpo de delito.

5.4 Respecto de las agravantes previstas en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 189 del Código Penal, esto es, durante la noche, a mano armada y con el concurso de dos o más personas; se tiene la versión uniforme, coherente del agraviado, debidamente corroborado con las declaraciones testimoniales de los presentes, donde se relatan pormenorizadamente los hechos, que después fueron constatados por la Policía Nacional, esto es, desde que empezaron a libar a horas 21 aproximadamente, al haberlo llevado al agraviado hacia el cerro que en esos momentos (noche) era un lugar desolado, con pluralidad de agentes y a mano armada según la descripción de las lesiones efectuadas, ello indicado por el perito médico, cumpliéndose entonces las agravantes.

5.5 El acusado no niega la realidad de los hechos y por ende del delito materia de juzgamiento, sino su responsabilidad; y conforme a la versión dada por el testigo agraviado, en el curso del plenario de primera instancia, y el valor otorgado a la misma por el Colegiado; y en cuanto a esta declaración del agraviado, que si bien constituye una prueba directa, pero aun cuando fuese la única prueba; es de tenerse en cuenta y aplicable al presente caso, el **acuerdo plenario N° 2-2005-CJ/116** de treinta de septiembre del año dos mil cinco, publicado en el diario oficial El Peruano de veintiséis de noviembre del año dos mil cinco. Acuerdo plenario referido a los requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado, para la valoración de la prueba penal. Que en su fundamento diez establece:

"Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

a) *ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.*

b) *verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.*

c) ***Persistencia en la incriminación**, con las matizaciones que señalan en el literal c) del párrafo anterior".*

5.6 En el caso presente, no hay ausencia de incredibilidad subjetiva, pues ni siquiera se ha insinuado y menos se ha acreditado enemistad alguna, odio, resentimiento u otras circunstancias entre la parte agraviada y la parte acusada; por tanto la verosimilitud de la versión de la parte agraviada permanece incuestionable, al encontrarse rodeada de las corroboraciones periféricas de carácter objetivo a las que hemos hecho alusión, tales como las evidencias encontradas en lugar de los hechos, las prendas de vestir del agraviado, encontradas en el techo de una las viviendas aledañas al lugar en el que ocurrieron los hechos; así como los restos de sangre encontrados en el lugar de los hechos, perennizados en las vistas fotográficas 58 a 60; peritajes de las lesiones sufridas por el agraviado entre otros que acredita que el acusado entre otros golpeó al agraviado con armas de contundentes (puños y patadas), sin que estos hayan contradicho en forma alguna las razones de su presencia en el lugar de los hechos. En cuanto a la última garantía exigida, es

evidente la concurrencia del requisito de **Persistencia en la incriminación**, conforme hemos detallado. Siendo así, las alegaciones de la defensa del acusado no cuestionan el delito de robo, sino más al delito de violación sexual; ya que sobre el robo de las zapatillas más bien admite ya que al respecto dijo: *"Sobre la sustracción de las zapatillas su patrocinado no participó si no le fue puesto en su mochila y que distraídamente se lo llevo, (...)".*, así como tampoco ofreció prueba alguna sobre sus actividades lícitas de esa noche y menos actuó prueba de descargo alguna; sin embargo declaró que se dedicaba a la actividad lícita de repartidor de encomiendas.

5.7 Antijuricidad. El sentenciado no ha acreditado ninguna causa justificativa que haga permisible su conducta por lo que se concluye que se ha vulnerado el bien jurídico tutelado, esto es, el bien patrimonial del agraviado, por ser un delito de resultado, esto es que requieren que la acción vaya seguida de la causación de un resultado, separable espacio-temporalmente de la conducta. Para que estos delitos se produzcan, debe darse una relación de causalidad a imputación objetiva del resultado a la acción del sujeto. El robo es un delito de resultado, no se consuma con coger la cosa, sino con tener disponibilidad de ella, que es posterior, se diferencia en el espacio tiempo de la acción. Primero se toma la cosa y después se dispone de ella. Por lo que la conducta del mismo deviene en antijurídica, estando acreditado por consiguiente el injusto penal, ya que las zapatillas no fueron devueltas a su propietario, sino que fueron dejadas en el lugar de los hechos, después de haberlas tenido a su libre disposición.

5.8 Culpabilidad. De otro lado, se tiene que el acusado, era mayor de edad, al momento de la comisión delictiva aunque con responsabilidad restringida, pues al momento de los hechos tenía tan solamente veinte años, seis meses y cinco días de edad; y que tampoco se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales, por cuanto fluye que se encontraba en estado de ebriedad al igual que los demás presentes incluyendo el agraviado, con el que concuerdan todos los implicados incluyendo el propio agraviado, ya que indicaron que empezaron a beber como a las 21 horas y los hechos se produjeron a las 23 horas, lo que se toma en cuenta como una alteración de la conciencia momentánea para la graduación de la pena. Asimismo se tiene que el mencionado conocía de la antijuricidad de su conducta, ya que niega la comisión del delito, lo que denota que realizaba una conducta prohibida por la ley, como es el apoderarse de un bien ajeno. Habiendo estado en relativa posibilidad de evitar los hechos, no habiéndose acreditado en modo alguno la concurrencia de alguna causa de exculpación, por lo que, la conducta del impugnante resulta reprochable; por tanto, deviene culpable del hecho incriminado.

5.9 Determinación judicial de la Pena.

5.9.1 Estando acreditada la comisión delictiva instruido así como la responsabilidad penal del acusado, respecto del delito de robo agravado, el mismo debe ser sancionado con una pena acorde a los hechos mencionados a la forma y circunstancias en que se han cometido los mismos y teniéndose en cuenta los presupuestos previstos en el artículo 45° para fundamentar y determinar la pena. El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena,

deberá tener en cuenta, las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. Y a los efectos de individualizar la pena el artículo 46 establece que para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente: la naturaleza de la acción; los medios empleados; la importancia de los deberes infringidos; la extensión del daño o peligro causados; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; los móviles y fines; la unidad o pluralidad de los agentes; la edad, educación, situación económica y medio social; la reparación espontánea que hubiere hecho del daño; la confesión sincera antes de haber sido descubierto; las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente; la habitualidad del agente al delito; la reincidencia.

5.9.2 Al respecto habiéndose dado por acreditado el delito de robo agravado, la penalidad en este supuesto **será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido: 2. Durante la noche o en lugar desolado. 3. A mano armada. 4. Con el concurso de dos o más personas**; corresponde establecer el quantum de la misma y la posibilidad o no de disminución por debajo del mínimo legal señalado.

5.9.3 Sobre tal punto, si bien es cierto que para los casos de delitos de robo agravado, esto es, la atenuación de pena por responsabilidad restringida, se encuentra prohibida en el caso de delitos de robo agravado, conforme al segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal; sin embargo, es menester señalar que tal dispositivo legal colisiona con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley. De manera que dicha excepción a la previsión contenida en el artículo 22° del Código Penal, establece la regla general que: *“Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción”*; por tanto dicha excepción -discriminatoria-, en función no a la personalidad del agente, sino propiamente a la naturaleza del hecho incriminado, no resulta coherente con el fundamento material de la imputabilidad penal, y particularmente de personas que abandonaron apenas la adolescencia, al indicarse *“Está excluido el agente que haya incurrido en delito de robo agravado, [...]”*; de manera que no obstante que la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema ha desaprobado otras sentencias consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución; sin embargo ésta no goza del carácter vinculante; ya que en definitiva el cierre de la constitucionalidad o no de dicho dispositivo legal, lo tiene el Tribunal Constitucional por gozar de la prerrogativa de cierre de interpretación a nivel constitucional; por consiguiente también la Sala Constitucional puede cambiar de criterio.

5.9.4 Al respecto, en el fundamento 11 del acuerdo plenario N° 4-2008-CJ-116, ha señalado expresamente en el tercer párrafo del fundamento número once que: *“Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si*

así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo; considerando este colegiado que es menester ejercer control difuso respecto el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, por vulneración del principio de igualdad, trato irrazonable y desproporcionado..”, por lo que conforme a la previsión contenida en el artículo 138° de la Constitución Política del Estado que establece que:

“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

Así mismo el Tribunal Constitucional al resolver casos similares, esto es cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción; en el expediente 00751-2010-PHC/TC, ha considerado entre otros en el fundamento 4. **“De acuerdo al texto del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal (responsabilidad restringida por la edad) y a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 (fojas 17), queda a criterio del Juez la reducción prudencial de la pena y/o la inaplicación del segundo párrafo del artículo antes mencionado.”** (Las letras en negrita y los subrayados son nuestros).

Que la pena para estas conductas, en el caso de mayor gravedad es no mayor de veinte años, conforme al tipo penal invocado. Empero es preciso considerar que el derecho penal moderno, asume los principios doctrinarios básicos de mínima intervención, humanidad, protección, prevención y resocialización de la pena, contenidos tanto en la Constitución Política del Estado, como en los artículos I, VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal Peruano vigente, principios que son lineamientos doctrinario filosóficos que rigen y regulan el poder punitivo del Estado, establecen que el derecho penal actual es de ultima ratio para su aplicación, y que la misma debe buscar la reincorporación del sujeto infractor al seno de la sociedad y no destruirle física y moralmente, en el entendimiento de que la realidad carcelaria en nuestro país es sumamente drástica y generador de perjuicios irreparables en la persona de los condenados a pena privativa de libertad. En este entendido el quantum de la pena, debe ser graduada prudencialmente en virtud del principio de humanidad de las penas, más aun que el sujeto activo del delito es primario y en primera instancia estuvo asistiendo al juicio oral, colaborando con la administración de justicia, dejando de concurrir como es humano por temor a ser encarcelado, protegiendo su derecho a la libertad; conducta valorable para disminuir la pena; por lo que, es razonable bajar la pena en relación con lo propuesto por el Ministerio Público.

5.9.5 En esa línea, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 DEL SANTA de fecha primero de junio de dos mil dieciséis, ha reconocido la posibilidad de la inaplicación de la prohibición contenida en el Artículo 22 segundo párrafo del Código Penal, vía control difuso, aunque salvando las distancias por tratarse el

caso en concreto del delito de violación de la libertad sexual, así en el fundamento cuadragésimo segundo dice:

“Es importante precisar que el control difuso de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22 primer párrafo del Código Penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no solo para algunos; de no hacerlo se afecta el principio-derecho al principio de igualdad garantizado por el Artículo 2, inciso 2 de nuestra Constitución. Más aun, cuando el Tribunal constitucional ha preservado la facultad del juez para reducir, prudentemente la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del Artículo 22 del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado superior se ha legitimado.”

Por lo que, este Colegiado considera que es pertinente inaplicar el referido dispositivo legal, lo que guarda conformidad con los lineamientos de interpretación favor homine y de expansión de los derechos fundamentales;

5.9.6 Respecto de la responsabilidad restringida, se tiene del reporte de consultas en línea a RENIEC, el sentenciado **Anthony Paul Molina Purhuaya**, ha nacido en fecha diez de mayo de mil novecientos noventa y tres; por lo que, a la fecha de la comisión delictiva atribuida 15 de noviembre de 2013 tenía veinte años, seis meses y cinco días; en consecuencia corresponde disminuir prudentemente la pena, por estar inmerso dentro de una circunstancia de atenuación calificada como es la responsabilidad restringida del mismo, aunándose a ello su estado de ebriedad, además considerando el grado de cultura del mismo, falta de apoyo económico y control de sus progenitores, no registra antecedentes penales. Siendo entonces de aplicación la reducción de la pena por responsabilidad restringida, lo que habilita a imponer pena por debajo del mínimo legal, y también teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad de la pena y humanización que inspira el sistema punitivo; asimismo teniendo en cuenta las circunstancias genéricas de no apreciarse en autos la existencia de antecedentes penales del sentenciado como tiene precisado, y tener la condición de joven trabajador (repartidor de encomiendas) carente de apoyo.

5.9.7 En el caso delimitado (pena concreta), para el tipo penal **ROBO AGRAVADO** contemplado en el artículo 188 (tipo base) agravado por el artículo 189 primer párrafo incisos 2, 3 y 4, del Código Penal, establece pena conminada no menor de doce ni mayor de veinte años, marco en el que debe imponerse la pena.

5.9.8 Entonces, más allá de lo expuesto en el numeral precedente, para la determinación de la pena, se tiene en cuenta que en autos, se aprecia la existencia de circunstancias de atenuación calificada (responsabilidad restringida y estado de ebriedad), por lo que, es de tenerse en cuenta el artículo 22 del Código Procesal Penal. Que muy a pesar de la prohibición de su aplicación al delito de robo agravado, esta Sala revisora concordando con la decisión del Colegiado de instancia en el numeral 6.3.2, de la sentencia apelada, esto es, inaplicar la prohibición contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, pues considera como circunstancia de atenuación calificada la edad del agraviado menor de 21 años. Agregando esta

Sala el estado etílico que alteraba la percepción de sus actos, tal como lo señala la jurisprudencia: *“Existe imputabilidad restringida al haberse encontrado al acusado en estado de embriaguez que el produjo la alteración de la consciencia”* (R.N. N° 151-2004 Lima), ello con la finalidad de regular una pena por debajo de mínimo legal.

5.9.9 Empero es preciso considerar que el derecho penal moderno, asume los principios doctrinarios básicos de mínima intervención, humanidad, protección, prevención y resocialización de la pena, contenidos tanto en la Constitución Política del Estado, como en los artículos I, VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal Peruano vigente, principios que son lineamientos doctrinarios filosóficos que rigen y regulan el poder punitivo del Estado, establecen que el derecho penal actual es de ultima ratio para su aplicación, y que la misma debe buscar la reincorporación del sujeto infractor al seno de la sociedad y no destruirle física y moralmente, en el entendimiento de que la realidad carcelaria en nuestro país es sumamente drástica y generadora de perjuicios irreparables en la persona de los condenados a pena privativa de libertad efectiva. En este entendido el quantum de la pena, debe ser graduado prudencialmente en virtud del principio de humanidad de las penas; por lo que es razonable bajar la pena en relación con la impuesta en la sentencia impugnada.

SEXTO.- Respetto de la reparación civil.

Teniéndose en cuenta lo dispuesto por los artículos 92° y 93° del Código Penal, la reparación civil importa el resarcimiento del daño producido por el ilícito penal, y la eventual restitución del bien o el pago de su valor, esto es, que debe tenerse en cuenta el daño emergente y el lucro cesante; y, considerando la naturaleza del ilícito penal investigado, se colige que la protección del bien jurídico tutelado es el patrimonio de las personas, en este caso del agraviado, que afirma que le sustrajeron sus zapatillas; siendo posible efectuar una cuantificación exacta, por lo que debe imponerse el pago de la reparación civil en obediencia al principio de la prudencia, esto es, que se imponga un monto razonable a las circunstancias del ilícito, de haberse vulnerado el bien patrimonial e inclusive la salud del agraviado con el concurso de pluralidad de agentes, cuyas lesiones son de cierta gravedad, por lo que, el monto impuesto de quince mil soles no resulta excesivo, a favor del agraviado.

DECISION.

Por los fundamentos anteriormente expuestos, los Jueces Superiores de la Sala Penal de Apelaciones de la provincia de San Román-Juliaca, en adición Sala Penal Liquidadora con competencia en toda la zona norte del Distrito Judicial de Puno, en adición Sala Penal Especializada en delitos aduaneros, tributarios, comerciales, de mercado y ambientales con competencia en todo el Distrito Judicial de Puno; por unanimidad;

RESUELVEN:

PRIMERO.- DECLARARON FUNDADA en parte la apelación interpuesta por **Anthony Paul Molina Purhuaya**, en contra de la sentencia materia del visto.

SEGUNDO: CONFIRMARON la sentencia condenatoria en los extremos: **3.3** y **3.4** en el que **CONDENA** al acusado **Anthony Paul Molina Purhuaya**, como **autor** de la comisión del delito Contra el Patrimonio, en su modalidad de Robo, en su forma de **ROBO AGRAVADO**, previsto en el artículo 188° del Código Penal como tipo base y agravado por el artículo 189° primer párrafo numerales 2, 3, y 4. y tercer párrafo del referido Código y en agravio de H.F.Ch.C. **FIJANDO** por concepto de la reparación civil la suma de QUINCE MIL SOLES (S/. 15 000.00) en el extremo del **Delito de Robo Agravado**, sin perjuicio de que el sentenciado Anthony Paúl Molina Purhuaya restituya las zapatillas sustraídas o en su defecto, pague en dinero el equivalente de dichas zapatillas en favor del agraviado; que los referidos montos de reparación civil deberán ser pagadas por el citado sentenciado mediante depósitos judiciales en el Banco de la Nación a favor del actor civil (agraviado) , cuya ejecución se realizará en el Establecimiento Penitenciario de Juliaca o en el que designe la autoridad administrativa penitenciaria, debiendo al respecto girarse el OFICIO correspondiente, haciendo presente que el inicio de la ejecución de la referida pena será el día de la detención del referido sentenciado; por tanto, **DISPONEN** la inmediata ejecución provisional de la pena privativa de libertad impuesta en la presente sentencia a Anthony Paul Molina Purhuaya, debiendo en su momento girarse el OFICIO respectivo al Director del Establecimiento Penitenciario de Juliaca; y advirtiéndose que el referido sentenciado no ha concurrido a la presente Sesión de Audiencia lectura de sentencia, **GÍRENSE** los OFICIOS respectivos a la autoridad policial para la captura del mismo y a las demás autoridades que tengan que ver con requisitorias, para luego, previa identificación correspondiente, sea internado en el Establecimiento Penitenciario de Juliaca o en el que designe la autoridad administrativa penitenciaria. **REVOCARON** la misma sentencia en cuanto impone la pena privativa de libertad de **ONCE (11) AÑOS EFECTIVA**. **REFORMANDOLA** en este extremo **IMPUSIERON** la pena privativa de libertad de **CINCO AÑOS** con el carácter de efectiva, cuya ejecución se realizará conforme lo dispuesto por el Colegiado de instancia.

TERCERO.- REVOCARON la misma sentencia el extremo que **CONDENA** al acusado Anthony Paul Molina Purhuaya, cuyas generales de ley obran en la parte expositiva de la presente sentencia, como cómplice secundario de la comisión del delito Contra la Libertad, en su modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de **VIOLACIÓN SEXUAL AGRAVADA**, previsto en el artículo 170° primer párrafo del Código Penal como tipo base y agravado por el numeral 1 del segundo párrafo del referido artículo y Código y en agravio de la persona mayor de edad identificado con las iniciales H. F. Ch. C.; y como tal, **LE IMPONEN** al referido sentenciado Anthony Paul Molina Purhuaya, pena privativa de libertad de **CUATRO (04) AÑOS EFECTIVA**. Segundo **FIJANDO** por concepto de la reparación civil la suma de **TREINTA Y CINCO MIL SOLES (S/. 35 000.00)** en el extremo del delito de Violación Sexual Agravada. **REFORMARON en tales extremos y ABSOLVIERON** de los cargos efectuados por el Ministerio Público en este extremo. Consentida que sea en este extremo, **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de este delito.

CUARTO.- Se proceda conforme a lo dispuesto en el numeral 3.2 de la parte resolutive de la sentencia impugnada, es decir, se eleve en consulta a la Sala

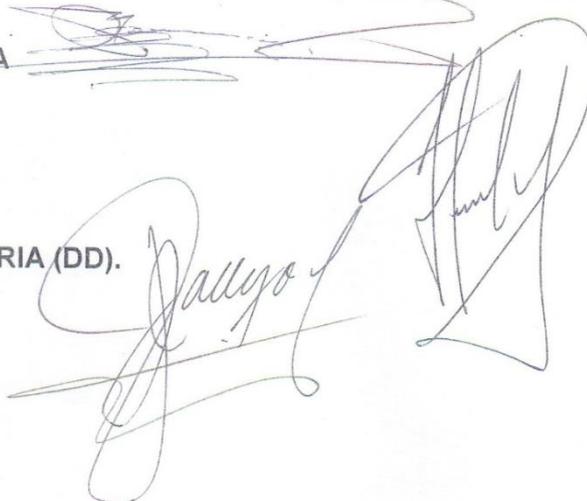
Constitucional de la Corte Suprema de la República, siempre y cuando no se interponga recurso de casación en contra de la presente sentencia.

SS.

~~MAMANI COAQUIRA~~

LAYME YEPEZ

GALLEGOS ZANABRIA (DD).



Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

SENTENCIA
CONSULTA 832 - 2012
PUNO

Lima, cinco de Junio
de dos mil doce.-

VISTOS; Con el acompañado, y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Es materia de consulta la resolución de fojas ochenta y ocho, su fecha veintiséis de enero de dos mil doce, expedida por la Sala de Apelaciones del Módulo Penal-San Román-Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno, en el extremo analizado en el punto 7.3 del sétimo considerando, referido a la responsabilidad restringida, y que en el fallo de la resolución inaplica por inconstitucional el artículo 22 segundo párrafo del Código Penal, y en consecuencia, impone a David Juan Hallasi Condori, (quién al momento de los hechos contaba con diecinueve años de edad), diez años de pena privativa de la libertad, por el delito de violación de la libertad sexual, en agravio de la menor SYSZ.

SEGUNDO: Que la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público impuesta por ley, que no es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al Superior y, a éste, efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en instancia inferior.

TERCERO: Que en tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, no debe perderse de vista que el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordante con el artículo 408, inciso 3) del Código Procesal Civil, ha establecido que cuando los jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de la competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

SENTENCIA
CONSULTA 832 - 2012
PUNO

Suprema, sino fueran impugnadas.

CUARTO: Que en el caso de autos, de lo que aparece en los considerandos de la resolución consultada, se advierte que la Sala de Apelaciones del Módulo Penal – San Román – Juliaca ha establecido con respecto al quantum de la pena y la posibilidad o no de disminución por debajo del mínimo legal señalado en los casos tipificados por el primer párrafo del artículo 173°, inciso segundo del Código Penal modificado por la Ley N° 28704¹, que:

i) Si bien es cierto que para los casos de delitos de violación de la libertad sexual, esto es, la atenuación de pena por responsabilidad restringida, se encuentra prohibida en el caso de delitos de violación sexual, conforme al segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal², sin embargo es menester señalar que tal dispositivo legal colisiona con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley, siendo una excepción discriminatoria, en función no a la personalidad del agente, sino propiamente a la naturaleza del hecho incriminado, no resultando coherente con el fundamento material de la imputabilidad penal, y particularmente de personas que abandonaron apenas la adolescencia.

ii) A que no obstante a que la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema ha desaprobado otras sentencias consultadas que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución; sin embargo ésta no goza del carácter vinculante; ya que en definitiva el cierre de la constitucionalidad o no de dicho dispositivo legal, lo tiene el

¹ párrafo del artículo 173°, inciso segundo del Código Penal modificado por la Ley N° 28704: "el que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas de libertad: (...) 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco años"

² Artículo 22° del Código Penal: "Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciochoaños y menos de veintiún años (...), al momento de realizar la infracción. Esta excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, (...) u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

SENTENCIA
CONSULTA 832 - 2012
PUNO

Tribunal Constitucional por gozar de la prerrogativa de cierre de interpretación a nivel constitucional; por consiguiente también la Sala Constitucional puede cambiar de criterio.

iii) A su vez expresa lo señalado en el fundamento 11 del acuerdo plenario N° 4-2008-CJ-116³, e invoca al Tribunal Constitucional señalando que al resolver casos similares, esto es, cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción; en el expediente N° 00751-2010-PHC/TC, ha considerado entre otros en el fundamento 4: "De acuerdo al texto del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal (responsabilidad restringida por la edad) y a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 (fojas diecisiete), queda a criterio del Juez la reducción prudencial de la pena y/o la inaplicación del segundo párrafo del artículo antes mencionado".

QUINTO: Que, para un mejor análisis del tema que es materia de consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo aplicable en torno a la responsabilidad restringida de personas comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de edad. En principio, el artículo 22 del Código penal promulgado por Decreto legislativo N° 635, de acuerdo con su texto original prevenía que cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción, se podía reducir prudencialmente la pena señalada en la ley, para el hecho cometido; sin embargo, éste artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 27024, publicada el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, estableciéndose que queda excluida de la responsabilidad restringida el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual,

³ Fundamento 11 del acuerdo plenario N° 4-2008-CJ-116, tercer párrafo: "Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación- desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo".

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

SENTENCIA
CONSULTA 832 - 2012
PUNO

tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de la libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

SEXTO: Al respecto cabe precisar que la norma penal que modifica el artículo 22° del Código Penal, no puede interpretarse como inconstitucional, en tanto que dicho precepto no hace otra cosa que establecer genéricamente y en abstracto que la responsabilidad restringida por razón de edad, prevista para personas que tengan más de dieciocho años y menos de veintiún años, no es aplicable en determinados delitos, en estos casos la ley ha previsto que debido a la extrema gravedad del ilícito penal o la naturaleza del bien jurídico que protegen no se aplica atenuación de responsabilidad penal.

SÉTIMO: Que la modificación introducida por la Ley N° 27024 tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal; por tanto, no puede colisionar con el derecho de igualdad ante la ley previsto en el artículo 2, inciso 2) de la Constitución Política del Estado; si bien, por el principio de igualdad se asegura la plena igualdad de los ciudadanos ante la ley, de tal modo que nadie puede ser discriminado por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica u otra razón de cualquier índole, tal igualdad debe ser entendida entre los iguales y no con los desiguales. En el presente caso, al establecer la ley un catálogo de delitos en los que no corresponde aplicar la responsabilidad restringida, no afecta el principio de igualdad previsto en la Constitución Política del Estado, pues debido a la gravedad de los hechos y la naturaleza del ilícito penal, la ley penal puede imponer un tratamiento diferenciado, es por ésta razón que la ley penal prevé distintas clases de penas que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos y la

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

SENTENCIA
CONSULTA 832 - 2012
PUNO

naturaleza del bien jurídico protegido; por esta misma razón, resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución que la ley defina que en determinados delitos no opera la atenuación de la responsabilidad penal, por razón de la edad del agente.

Por tales consideraciones: **DESAPROBARON** sentencia obrante a fojas ochenta y ocho, de fecha veintiséis de enero de dos mil doce, en el extremo que declara **Inaplicable** el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, modificado por la Ley N° 27024, por inconstitucional: **DISPUSIERON** que la Sala Superior de origen expida nueva resolución con arreglo a lo expuesto precedentemente; en el proceso penal seguido contra David Juan Hallasi Condori por el delito de Violación de la Libertad Sexual en la modalidad de violación de menor de catorce años de edad; y los devolvieron.- Juez Supremo Ponente: Chumpitaz Rivera.

S.S.

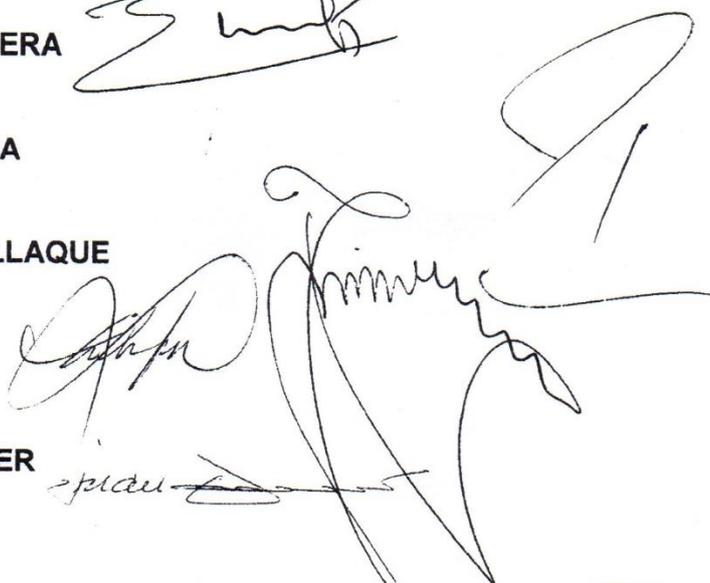
CHUMPITAZ RIVERA



VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA



CHAVES ZAPATER



Erh/Dyo.

CARMEN ROSA DIAZ ACEVEDO
SECRETARIA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

Lima, dieciséis de agosto
de dos mil dieciséis.-

I. VISTOS:

I.1 Consulta

La sentencia contenida en la resolución número cinco de fecha uno de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas cincuenta y dos, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en razón de haber realizado el control difuso declarando inaplicable al caso concreto, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, en el proceso penal seguido contra Luis Fernando Manuel Eguavel, por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa, en agravio de Matthew Romel Delgado Pereda.

I.2 Fundamentos de la resolución elevada en consulta

La sentencia elevada en consulta, sustenta la inaplicación de la norma penal, considerando que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, es incompatible con el artículo 2, numeral 2 de la Constitución Política del Estado, referido al principio de igualdad jurídica.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación del objeto de pronunciamiento

1.1 Es objeto de pronunciamiento, la consulta de la sentencia emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en razón de haber efectuado el control difuso del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal al momento de sentenciar en un proceso penal seguido por delito de robo agravado en grado de tentativa; cabe anotar que el asunto que sube en consulta, es uno con incidencia en el ordenamiento jurídico y que reviste complejidad.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

1.2 La línea argumentativa a desarrollar en esta sentencia, inicia con efectuar precisiones, puntualizar las reglas del ejercicio del control difuso y señalar doctrina jurisprudencial, que en aplicación servirán para examinar si la norma consultada es la vinculada al caso, si evidencia inconstitucionalidad manifiesta, si la sentencia consultada ha cumplido con las reglas del control difuso y si ha sustentado en el caso particular que la norma resulta inconstitucional, conduciéndonos finalmente a establecer si corresponde o no aprobar la sentencia elevada en consulta.

SEGUNDO: Sobre el control difuso

2.1 En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía (reconocida en el artículo 51 de la Constitución Política), debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, habiendo sido habilitados por mandato constitucional para tales fines, ejercer la revisión judicial de las leyes, esto es, el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Perú que prevé: *"En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera"*.

2.2 La autorización constitucional a los jueces para el ejercicio del control difuso, tiene límites bajo responsabilidad, no pudiendo ser ejercida en forma irrestricta ni vulnerando el ordenamiento jurídico y constitucional que justamente les corresponde preservar.

2.2.1 En ese sentido, **el control difuso se ejerce en estricto para los fines constitucionales preservando la supremacía de las normas del bloque de constitucionalidad, es de carácter excepcional y de última ratio, sólo procede cuando no se puede salvar vía interpretativa la constitucionalidad de las normas.**

2.2.2 Los jueces deben tener presente que **las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción**, como lo ordena el artículo 109 de la Constitución Política, asimismo, que, se encuentra reconocido el derecho fundamental de igualdad ante la ley, y **que corresponde a los jueces cautelar la seguridad jurídica**; en ese sentido, el

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

control difuso resulta muy gravoso al afectar la obligatoriedad de las leyes, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, al permitir que las normas del ordenamiento jurídico que son obligatorias y vinculantes para todos sin excepciones, sean inaplicadas en algunos casos particulares a diferencia de la generalidad y sólo para los fines constitucionales, por lo que **el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme parámetros de compatibilidad constitucional.**

2.2.3 En ese contexto, **el control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando en contra del ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.**

2.2.4 Es ineludible reiterar que **la facultad de los jueces para ejercer el control difuso está limitado al caso particular, constituye un control en concreto con efecto inter partes,** en ese orden el análisis, la identificación de los derechos involucrados, la intervención y su intensidad, la aplicación del test de ponderación, están inescindible y obligatoriamente vinculado a los datos y particularidades del caso; **no está permitido un control en abstracto de las leyes,** el cual compete al Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad decidiendo con efecto erga omnes, tribunal que ha señalado en relación al control difuso, que *está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes*¹.

2.3 La Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, es el **órgano con jurisdicción constitucional para conocer con exclusividad el control concentrado de normas infralegales** conforme a lo previsto en el artículo 85 del Código Procesal Constitucional y el inciso quinto del artículo 200 de la Constitución Política; asimismo, cuenta con **competencia exclusiva para absolver las consultas por ejercicio de los jueces del control difuso de normas legales e infralegales en general,** preservando la supremacía de las normas

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02132-2008-AA fundamento 19.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la RepúblicaCONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

constitucionales, ello conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 14, del inciso tercero del artículo 35 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial y conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional², en concordancia con lo previsto en el artículo 138 de la Constitución Política, en consecuencia es también un órgano de control de constitucionalidad en abstracto y en concreto, cuyas decisiones son vinculantes.

2.4 Las exigencias y complejidad que reviste el ejercicio del control difuso, ha conducido al *Tribunal Supremo de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial* en compatibilidad con nuestro ordenamiento constitucional, a desarrollar **pautas vinculantes que orientan a los jueces al momento de efectuar el control judicial de las leyes, las que constituyen jurisprudencia de esta Sala Suprema³, se encuentran incorporadas en el Segundo Tema del Primer Pleno Jurisdiccional en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo⁴** aprobado por Resolución Administrativa N° 440-2015-P-PJ del trece de noviembre de dos mil quince, sustentando el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial de conformidad al artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cuál fue publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el dos de febrero de dos mil dieciséis; no obstante, se advierte el incremento de procesos en que los jueces vienen inaplicando indistintamente normas legales e incluso contrariando el ordenamiento constitucional, por lo que es necesario **reiterar el carácter vinculante de los Acuerdos del Primer Pleno Constitucional**, y al amparo de lo previsto en el artículo 22 Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, **establecer**

² El inciso tercero Del artículo 35 del T.U.O. de La Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que la Sala Constitucional y Social conoce de las consultas conforme al Código Procesal Constitucional, el que regula el control difuso e interpretación constitucional en el artículo VI citado.

³ Consulta N° 286-2013-Arequipa, Consulta N° 555-2013-Arequipa, Consulta N° 10807-2013-Arequipa, Consulta N° 3221-2013, Consulta N° 7598-2016-Cañete, Consulta N° 14634-2013, Consulta N° 02822-2013, Consulta N° 02050-2015, Consulta N° 9548-2012, Consulta N° 08075-2014, Consulta N° 10277-2014, Consulta N° 05699-2015, Consulta N° 04980-2015, Consulta N° 10807-2013, Consulta N° 12895-2013, Consulta N° 12102-2013, Consulta N° 00833-2015, Consulta N° 02747-2015, Consulta N° 00600-2015, Consulta N° 1549-2015.

Asimismo lo tiene señalado el Tribunal Constitucional, en Exp. N.º 00014-2009-PJ/TC, fundamentos 16 al 40; Exp. N.º 06730-2006-AA fundamentos 14 al 16, 2132-2008-AA fundamentos 161 al 26.

⁴ **I Pleno en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo**, Segundo Tema: II. el Ejercicio Jurisdiccional del Control Difuso en Autos y Sentencias, Acuerdo 2.- Para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad normativa, los jueces de la República deberán observar, en ese orden, los criterios de 1) Fundamentación de incompatibilidad constitucional concreta, 2) Juicio de relevancia, 3) Examen de convencionalidad, 4) Presunción de constitucionalidad, 5) Interpretación conforme a la Constitución.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

que los fundamentos de este considerando, se constituyan en doctrina jurisprudencial que deben ser observados por todos los jueces cuando realicen el control difuso, garantizando así los fines constitucionales de su ejercicio.

2.5 Enfatizando las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial:

i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política⁵, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución⁶; debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada⁷.

ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es sólo respecto de la norma del caso en un proceso particular.

iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva**, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la ultima ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución⁸, es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo⁹.

⁵ **Artículo 109 de la Constitución Política del Perú:** La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

⁶ El artículo 108 de la Constitución establece el procedimiento de aprobación y promulgación de una ley

⁷ CANOSA USERA, Raúl, Interpretación y Fórmula Política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

⁸ MESIA, Carlos, Exégesis del Código Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, año 2004, página 77.

⁹ El control difuso tiene como antecedente la "judicial review" de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en el caso Marbury vs Madison, actuando como Juez Supremo y Presidente de la Sala John Marshall en la acción de "Writ of Mandamus", estableciendo la supremacía de la Constitución y que una ley contraria a ella era

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular¹⁰, por lo que **es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención**, para así poder **aplicar el test de proporcionalidad** u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional)¹¹.

TERCERO: Sobre la presunción de constitucionalidad de la norma inaplicada

3.1 La sentencia consultada impone pena privativa de la libertad reducida de cinco años, inaplicando la norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal que excluye de la reducción de la pena legal a los agentes del ilícito de robo agravado.

3.2 El examen de la norma inaplicada, se inicia con **la presunción de su constitucionalidad, validez y legitimidad**, norma que integra el cuerpo normativo del Código Penal promulgado por Decreto Legislativo N° 635 publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el cuatro de agosto de mil novecientos noventa y uno; superando el control de producción normativa conforme el procedimiento constitucional del artículo 108, por ende las normas se encuentran vigentes y son de carácter obligatorio conforme a la norma constitucional del artículo 109.

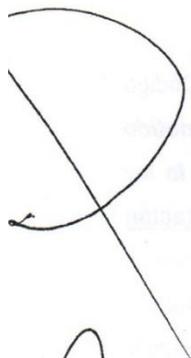
nula e ineficaz; sin embargo dicha Corte también tiene establecido que la validez constitucional es la última cuestión que realizará sobre una ley, debido que en principio no se busca una confrontación de la ley con la Constitución, debiendo agotarse todos los recursos para encontrar su constitucionalidad, y solo cuando sea inevitable se admite la revisión judicial de la ley.

¹⁰ En nuestro Estado Constitucional y Democrático de Derecho se encuentran atribuidas las competencias, y en lo que se refiere al control de inconstitucionalidad en abstracto de una norma legal, es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional de conformidad al inciso primero del artículo 202 de la Constitución Política, y no de los jueces del Poder Judicial, a quienes si bien se les ha atribuido un control de constitucionalidad en el segundo párrafo del artículo 138, este se encuentra limitado al control concreto para los casos particulares de los procesos a cargo del Juez y que le corresponde resolver.

¹¹ Igualmente se cuenta con jurisprudencia desarrollada por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, respecto a la aplicación del test de proporcionalidad en las sentencias emitidas en las Consultas N° 00600-2015, 00833-2015, 02757-2015, 02747-2015, 03529-2014, 07307-2014, 12895-2013, 12102-2013, 02822-2013, 05699-2015, 04980, y en las sentencias de Acción Popular N° 03009-2013, 6176-2012, 1737-2015.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE



3.3 El artículo 22 en el texto vigente al momento de los hechos¹², contiene varias normas sobre imputabilidad restringida, de las cuales se relaciona con el caso concreto, *la que excluye a los agentes de menores de veintiún años, de la reducción de la pena cuando hubieren cometido el delito de robo agravado; norma que se vincula en forma directa e indisoluble con la determinación de la pena para el procesado Luis Fernando Manuelo Eguave*, que en sentencia ha sido encontrado responsable como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, cometido cuando tenía dieciocho años de edad, y que de acuerdo a la norma citada el acusado se encuentra excluido de la posibilidad de reducción de la pena mínima señalada en la ley; **superando la norma el juicio de relevancia.**



3.4 Procediendo a la interpretación, se observa que la disposición legal contiene varias normas referidas a la imputabilidad restringida:



3.4.1 El artículo legal contiene como regla general en el primer párrafo, que: "**Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción**"; la norma **no** contiene mandato de reducción de la pena mínima legal en forma obligatoria e irrestricta para todos los agentes con imputabilidad restringida, contemplando la posibilidad de reducción prudencial, lo cual exige del juez evaluación y determinación motivada de la decisión en cada caso, **significando que aún se trate de agentes con imputabilidad restringida e indistintamente del tipo de ilícito cometido, no siempre conllevará una reducción de la pena mínima legal.**



3.4.2 Asimismo el primer párrafo de la norma establece restricciones contemplando la salvedad para algunos casos de reincidencia, y el segundo párrafo (enjuiciado), precisa exclusiones a la reducción de la pena para los agentes integrantes de una



¹² El texto vigente a la fecha de comisión del ilícito (30 de diciembre de 2015), se encontraba modificado por Decreto Legislativo N° 1181 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de julio de 2015, emitido el Presidente de la República con intervención del presidente del consejo de Ministros y el Ministro del Interior, en razón de la delegación de facultades legislativas otorgada por el Congreso de la República mediante Ley N° 30336.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

organización criminal, a los que hayan incurrido entre otros delitos, el de **robo agravado**¹³.

3.5 La norma materia de análisis se vincula con los principios generales del Código Penal, como el artículo II del Título Preliminar que prevé que **nadie será sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en la ley** vigente al momento de la comisión¹⁴, **reafirmando como principio la vinculación a la pena legal** prevista en el ordenamiento jurídico y producida conforme al procedimiento constitucional, conteniendo el Código Penal las penas mínimas y máximas para cada hecho punible. Asimismo, se vincula con la norma del artículo V que establece que **sólo el Juez competente puede imponer las penas y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley**; acogiendo el principio de legalidad en la pena y en la graduación¹⁵.

Las normas del artículo 22 establecen excepciones a dicho principio y un tratamiento diferenciado, posibilitando la reducción de la pena legal a algunos supuestos de imputabilidad restringida; extrayendo que **la vinculación a la pena legal es la regla general y principio del Código Penal, y que el tratamiento diferenciado en la ley lo ocasiona el artículo 22 al crear una posibilidad para**

¹³ (*) Artículo modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 22. Responsabilidad restringida por la edad

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua."

¹⁴ Principio de Legalidad

Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o 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.

¹⁵ Garantía Jurisdiccional

Artículo V.- Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

algunos agentes con imputabilidad restringida, supuesto normativo que se vincula y sustenta en los fines de la pena.

Reiteramos, **que la norma que prevé la reducción de la pena, en sí no es una norma universal e igualitaria para todos los supuestos de imputabilidad restringida**, sino que, contiene distinciones al establecerla como "posibilidad", lo cual significa que a todos los agentes con imputabilidad restringida no se les podrá reducir la pena, ello dependerá de las particularidades del agente y del caso, evaluadas y motivadas en la decisión del juez.

3.6 En efecto, **la norma en cuestión, si contiene un tratamiento desigual** a) desde la consideración de imputabilidad restringida; b) del beneficio de reducción de la pena para algunos agentes con imputabilidad restringida, creando una excepción a la vinculación a la pena legal prevista para todos los casos; c) respecto al tratamiento diferenciado entre agentes con imputabilidad restringida indistintamente del ilícito cometido, en que la reducción es una posibilidad; d) por la exclusión de los reincidentes, de los integrantes de organización criminal y de los agentes de delitos graves y pluriofensivos, a la posibilidad de reducción de la pena legal. Debemos resaltar **que de la excepción creada a la regla general, el segundo párrafo del artículo 22, distingue que algunos agentes que hayan incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua, no serán comprendidos en la regla de excepción, manteniendo para ellos la vinculación a la pena legal.**

3.7 En este caso concreto, el problema que se plantea en el cuestionamiento de la norma reside en **la exclusión a los agentes del delito de robo agravado (con imputabilidad restringida), de la posibilidad de reducción de la pena**, correspondiendo examinar si dicha restricción, infracciona la Constitución en relación al derecho a la igualdad.

3.7.1 En principio, el **derecho fundamental a la igualdad** se encuentra considerado y protegido en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad,

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

que todos son iguales ante la ley, que tienen derecho a igual protección de la ley, y protección contra todo acto de discriminación¹⁶; y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asumiendo los Estados el compromiso de respetar los derechos fundamentales y garantizar su pleno ejercicio sin discriminación alguna, al derecho a la igualdad ante la ley con derecho a igual protección de la ley¹⁷.

3.7.2 Reconocido en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en dos dimensiones, una la **igualdad como prohibición de discriminación** (*por la cual es discriminatorio todo trato diferenciado que atente contra la dignidad de la persona humana, sea por condiciones de superioridad o inferioridad, no obstante no toda distinción de trato puede considerarse violatoria por sí misma de la dignidad humana*); la segunda, **igualdad ante la ley** que deriva la concepción de igualdad como prohibición de trato arbitrario (sustenta que la ley se aplica igual a todos los individuos).

3.7.3 La interpretación vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸, establece que **un trato diferenciado basado en criterios razonables y objetivos, que se sustente en desigualdades reales y objetivas, no constituye discriminación** (OC-4/84 del diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, párrafo cincuenta y seis y cincuenta y siete).

3.7.4 En ese sentido, se anota que toda restricción o tratamiento diferente en la ley no conlleva necesariamente una afectación al derecho a la igualdad, en tanto la exigencia es el trato igual entre iguales admitiendo un trato diferente entre desiguales, por lo que el examen se circunscribe a determinar: **si es o no una**

¹⁶ Artículo 1º: Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 7º: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

¹⁷ Artículos 1º: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 24º: Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

¹⁸ Interpretación vinculante conforme a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución Política.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

diferencia no justificada de trato en la reducción de la pena, entre agentes de delitos con imputabilidad restringida, por razón del delito cometido.

3.8 En consecuencia el derecho del agente a la igualdad ante la ley, reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado garantiza el trato igual entre iguales, y desigual entre desiguales, **siendo posible realizar distinciones en base a criterios objetivos y razonables considerando desigualdades de hecho, como instrumento para proteger a quienes deban ser protegidos por circunstancias de mayor o menor fragilidad o desamparo en que se encuentren.**

3.8.1 La norma del artículo 22 del Código Penal cumple dichas exigencias al establecer: en primer lugar *un tratamiento desigual por razón de la edad del agente* confiriéndole imputabilidad restringida; en segundo lugar estableciendo la **posibilidad del beneficio de la reducción de la pena** sólo para aquellos con imputabilidad restringida, con exclusión de la generalidad de agentes, brindando un tratamiento legal diferente y especial, debido a que la pena requerida **puede** ser en algunos casos menor al mínimo legal; y, en tercer lugar de aquellos que tienen imputabilidad restringida que sean reincidentes, integrantes de organización criminal, y los que hubieren cometido **delitos graves y pluriofensivos**, los mantiene en el régimen común, constituyendo un trato igualitario con relación a la generalidad de imputados, y uno diferente con relación a otros agentes con imputabilidad restringida que tienen la posibilidad de acceder a la reducción de pena.

En este último supuesto, la norma guarda concordancia con el principio de vinculación a la pena legal previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, con la norma del artículo VII que establece que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor¹⁹, con el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo VIII que establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y el trato diferente se justifica con los fines constitucionales de la

¹⁹ Responsabilidad Penal

Artículo VII.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

pena, reeducación, rehabilitación y reinserción del penado a la sociedad²⁰, en concordancia a la función de la pena contemplada en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, en tanto la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora²¹, justificando la exclusión de la reducción de la pena mínima legal, para el agente que incurre en delitos graves que lesionan varios bienes protegidos constitucionalmente, así en el caso del ilícito de robo agravado el agente actúa vulnerando el derecho a la propiedad, derecho a la integridad, dignidad y seguridad de la persona agraviada²², para ellos igual que la generalidad, la pena será dentro de los límites legales, atendiendo que el tiempo requerido para los fines de la pena y reinserción con éxito a la sociedad, se prevé que será mayor conteniendo una exigencia legítima y específica al mantener los límites legales de la pena cuando se incurren en delitos de gravedad y pluriofensivos²³.

3.8.2 Concluyendo, que estamos ante un tratamiento jurídico desigual legítimamente establecido²⁴, compatible con los fines constitucionales de la pena, por lo que la norma en ninguna de sus regulaciones evidencia supuesto de inconstitucionalidad, pues como se tiene señalado, no todo tratamiento jurídico diferente concluye en un trato discriminatorio, pues en principio no toda distinción de trato es ofensiva a la dignidad humana, sino cuando ella carece

²⁰ El fin perseguido de la norma, el cual está vinculado a la finalidad de la pena, que de acuerdo a la norma del inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política, el fin constitucional de la pena es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

²¹ Fines de la Pena y Medidas de Seguridad

Artículo IX.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

²² El delito de robo agravado daña gravemente otros derechos fundamentales como la propiedad, el derecho a la integridad, dignidad y seguridad de la persona humana agraviada que también goza de protección constitucional en el artículo primero y fundante que establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como la propiedad en el artículo 70 establece que el derecho de propiedad es inviolable, y que el Estado lo garantiza

²³ Conforme señala Robert Alexis, en el caso que no hubiera ninguna razón suficiente para la permisión de tratamiento igual se encuentra ordenado un trato igual, en cambio, si hay razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual (citado por José Víctor García Izaguirre, *El Test de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Editorial Adrus, 2012, página 433).

²⁴ Criterios acogidos de la OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párrafo 57: No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

de justificación objetiva y razonable, existiendo desigualdades de hecho que legítimamente se traducen en desigualdades de tratamiento jurídico²⁵, manteniendo la norma la presunción de constitucionalidad en abstracto.

No obstante, de existir afectación a un derecho fundamental del agente del caso particular, es necesario identificar cual es ese derecho y evaluar la intensidad de la intervención según las circunstancias e incidencias del caso para el ejercicio del control difuso, debiendo tener presente que la graduación y reducción de la pena es ejercida por el Juez Penal conforme a ley, y que cuando ejercita el control difuso actúa como Juez Constitucional atendiendo a la protección de derechos fundamentales, requiriendo acudir al test de ponderación para determinar que la intensidad de la intervención conlleve a quebrar los límites impuestos por la norma legal; más dicho examen no puede sustentarse en alegaciones genéricas de afectación al derecho a la igualdad y/o de otro derecho fundamental, no siendo admisible un control en abstracto como si fuera una regla general para todos los casos, reiterando que se exige un control en concreto.

CUARTO: Control de Constitucionalidad en el caso concreto

4.1 En el asunto materia de análisis, la sentencia sustenta la condena por delito de robo agravado en grado de tentativa, en que el ilícito se produjo el 30 de diciembre del 2015 a las 12:30 horas, en agravio de un adolescente de catorce (14) años de edad, que entre tres sujetos lo tomaron violentamente del cuello, lo tiraron al suelo y lo golpearon en el rostro, sustrayéndole el celular y dándose a la fuga; siendo condenado el acusado por el ilícito de robo agravado previsto en el artículo 189 con los agravantes de los incisos 4 y 7 del Código Penal.

²⁵ Conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párrafo 56: Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

4.2 En cuanto a la determinación de la pena, la consultada anota que la pena legal del ilícito es no menor de 12 años, que aplicando los atenuantes, las circunstancias específicas, se ubica en el tercio inferior, por grado de tentativa le reduce a tres años, y ejerciendo el control difuso, considerando el acuerdo, y terminación anticipada, le reduce y aplica **cinco años de pena privativa de libertad**.

4.3 Al respecto **se puntualiza, que el objeto de consulta es la inaplicación de la norma que excluye al sentenciado de la reducción de la pena por imputabilidad restringida**; los fundamentos de la recurrida sobre el asunto, se encuentran en el considerando cuarto, señalando como fundamento la Sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1949-2012-Lima Norte, anota que en los casos de los jóvenes delincuentes se justifica razonablemente la aplicación del atenuante al no alcanzar a esa edad la plena madurez, aplicando un tratamiento especial, enunciando acogerse a los fundamentos de la sentencia suprema citada, aplica el control difuso de la norma por vulnerar el principio de igualdad.

4.4 Con suma preocupación se advierte, que **la sentencia consultada no contiene ningún fundamento para ejercitar el control difuso en el caso particular del sentenciado Luis Fernando Manuel Eguavel; tampoco contiene argumentos para decidir la reducción de la pena por imputabilidad restringida, pues no es suficiente limitarse a la edad; asimismo, llama la atención que el juez no ha tenido en cuenta que el control difuso es residual, y que su ejercicio debe estar motivado**, lo cual no ha sido cumplido en la sentencia consultada que se limita a referirse a la Sentencia de la Sala Penal Suprema Transitoria, con un examen en abstracto, sin haber analizado y sustentado las particularidades del caso para inaplicar una norma legal y vinculante, contraviniendo los fines constitucionales del control difuso; pues como se tiene señalado en el considerando anterior 3.4 y 3.5, la regla general se refiere a una "posibilidad" de reducir, y no una reducción automática, exigiendo en compatibilidad con la garantía de motivación²⁶,

²⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado en relación al derecho fundamental a la motivación, que es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, que es una garantía de la correcta administración de justicia que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y otorga credibilidad a las decisiones judiciales, **estando los jueces vinculados por el ordenamiento jurídico y en un Estado Constitucional de Derecho, a expresar los sustentos de su**

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

que el juzgador exponga las razones y consideraciones del caso concreto, que lleven a reducir la pena por debajo del mínimo legal, y en el caso de los agentes que no cuenten con el beneficio de reducción de la pena, solo ampararía un control difuso con inaplicación de la norma legal, cuando se determine por las circunstancias y particularidades, y en forma debidamente motivada, la afectación concreta a un derecho fundamental.

4.5 Por el contrario, la consultada contiene argumentos en forma genérica que van orientadas al control abstracto de la norma legal, lo cual no se encuentra en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado y del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza la revisión judicial de las leyes para el caso concreto que se está decidiendo; agréguese, que como se tiene explicado en el considerando tercero de esta ejecutoria, **la norma legal al establecer un trato diferenciado entre diferentes, no pierde la presunción de constitucionalidad al no evidenciar vulneración del principio de igualdad**, y más bien, los jueces al inaplicar normas a casos particulares sin cumplir los supuestos para el control difuso, **están vulnerando el principio de igualdad ante la ley, inaplicando injustificadamente y contra los fines del control difuso, la norma que contiene la prohibición de aplicar la reducción de la pena**; por lo que se desaprueba la sentencia consultada.

III. DECISIÓN:

Por estas consideraciones Resolvieron:

Primero.- Establecer que los fundamentos del segundo considerando de esta sentencia, **CONSTITUYE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE** para todos los jueces del Poder Judicial.

Segundo.- DESAPROBAR la sentencia consultada, contenida en la resolución número cinco, de fecha uno de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas cincuenta y dos, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el proceso penal seguido contra Luis

decisión al momento de emitir sus resoluciones a efectos de evitar excesos y arbitrariedades. Caso Tristán Donoso vs Panamá 27 de enero de 2009 párrafo 153, Caso Apitz Barbera y otros, 5 de agosto de 2008 fundamento 77.

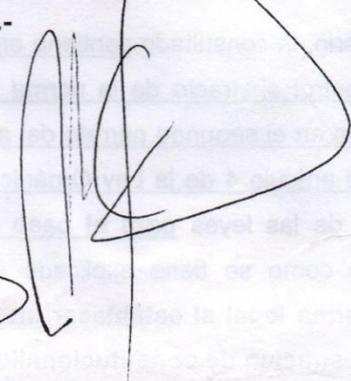
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

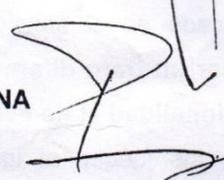
Fernando Manuel Eguavel, por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa, en agravio de Matthew Romel Delgado Pereda; en consecuencia, **NULA** la referida sentencia, debiendo el Juez de la causa emitir nuevo pronunciamiento, conforme a lo expuesto en la presente resolución; **ORDENARON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley; y los devolvieron.- Juez Supremo Ponente: **Rueda Fernández.-**

SS.

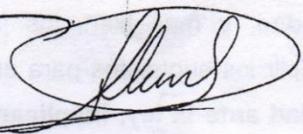
LAMA MORE



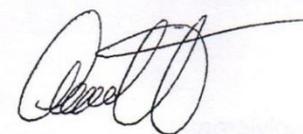
VINATEA MEDINA



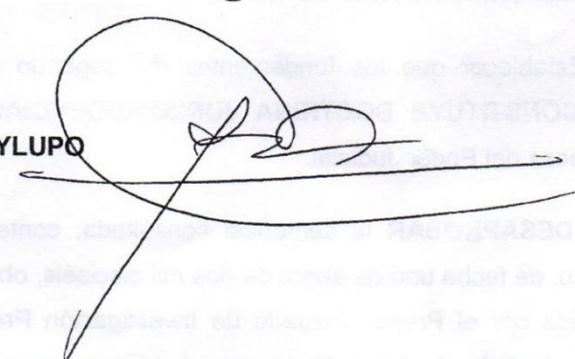
RUEDA FERNÁNDEZ



TOLEDO TORIBIO



MALCA GUAYLUPO



Mat/ps

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIAS y ESPECIAL****ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116**

Concordancia Jurisprudencial
Art. 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Aplicación del artículo 173°, 3 del Código Penal

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES.**

1°. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a (1) la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; (2) la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, (3) el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.

4°. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor LECAROS CORNEJO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§. 1 El sub tipo legal agravado del art. 173°.3) del Código Penal.

6°. El artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

7°. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44°, 46° y 241° que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante.

8° Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176° del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.

9° Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad–, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173°.3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal –los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho penal sexual nacional–, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución.

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma RUBIO CORREA, MARCIAL, “...en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la

consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo..." (Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editoria Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento de titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. En consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

§ 2. La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso. ✓ Priv

10°. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio - derecho fundamental de igualdad ante la Ley.

El artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: "*Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción*". Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, "*Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, [...] y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua*".

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

11°. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues -por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por

su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo.

§ 3. Factores complementarios establecidos en el FJ 11° del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116.

12°. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuenten con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último sólo relevante en el delito de seducción–. Es evidente, por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor– cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto.

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada– han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

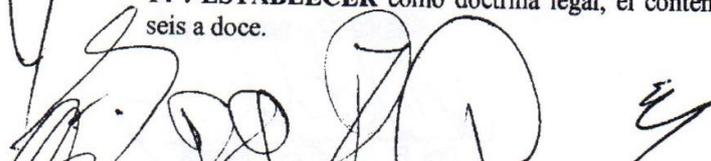
Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

III. DECISIÓN

13°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

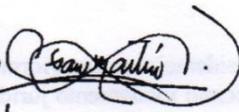
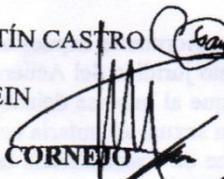
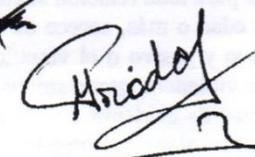
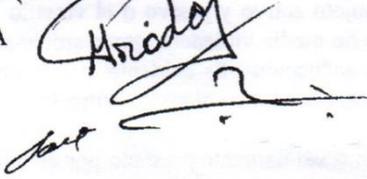
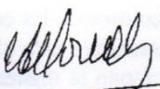
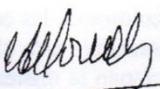
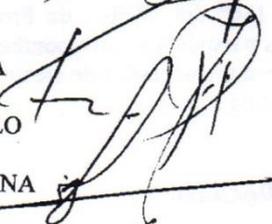
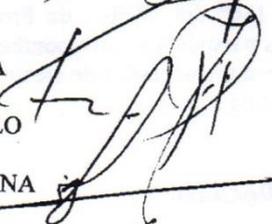
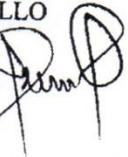
14°. ESTABLECER como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce.



15°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

16°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
 SAN MARTÍN CASTRO 
 VILLA STEIN 
 LECAROS CORNEJO 
 PRADO SALDARRIAGA 
 RODRÍGUEZ TINEO 
 VALDEZ ROCA 
 ROJAS MARAVÍ 
 PONCE DE MIER 
 MOLINA ORDOÑEZ 
 SANTOS PEÑA 
 VINATEA MEDINA 
 PRÍNCIPE TRUJILLO 
 PARIONA PASTRANA 
 ZECENARRO MATEUS 
 CALDERÓN CASTILLO 
 URBINA GANVINI 

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román

SENTENCIA DE VISTA N° - 2016.

EXPEDIENTE	: 1082-2015-37-2111-JR-PE-01
CUADERNO	: APELACION DE SENTENCIA.
PROCEDE	: JUZGADO PENAL COLEGIADO SUPRAPROVINCIAL DE SAN ROMAN – JULIACA.
SENTENCIADO CONDENADO	: Ruben Maccapa Maccapa.
DELITO	: Violación sexual de menor de edad.
AGRAVIADO	: Menor de iniciales R.M.M.Ch.

RESOLUCIÓN N° 36-2016

Juliaca, veintiocho de octubre de dos mil dieciséis.-

VISTOS y OIDOS; en audiencia privada de apelación de sentencia, por la Sala Superior penal de Apelaciones de la provincia de San Román – Juliaca, conformada por los señores Jueces Superiores Roberto Condori Ticona (Presidente), Walter Salvador Gálvez Condori y Juan Francisco Ticona Ura (director de debates) el proceso penal N° **1082-2015-37-2111-JR-PE-01**, seguido en contra de **Ruben Maccpa Maccapa**, por el delito Contra la Libertad, en su modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de **VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR ENTRE 10 AÑOS Y MENOS DE 14 AÑOS**, previsto y sancionado en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2 del Código Penal, en agravio de la menor de edad (identidad reservada) de iniciales R.M.R.Ch.. En la audiencia participaron la Fiscal Adjunta al Superior Jenny Agata Santos Begazo, de la Segunda Fiscalía Superior Penal de la provincia de San Román del Ministerio Público; Raúl Coanqui Yana abogado defensor del acusado condenado presente Ruben Maccapa Maccapa.

I.- MATERIA DE GRADO:

La sentencia N° 063-2015, contenida en la resolución N° 23-2015, fechada el veintiuno de diciembre del dos mil quince (Pág. 184/218 del cuaderno de debates), en el extremo condenatorio, en cuya parte resolutive el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno **FALLA: "3.2. CONDENANDO al acusado RUBÉN MACCAPA MACCAPA, cuyas generales de ley obran en la parte expositiva de la presente sentencia, como AUTOR de la comisión del DELITO CONTRA LA LIBERTAD en su modalidad de VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL y en su forma de VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR ENTRE DIEZ AÑOS DE EDAD Y MENOS DE CATORCE AÑOS, previsto por el artículo 173° primer párrafo numeral 2. del Código Penal vigente en la fecha de los hechos y en agravio de la adolescente identificada con las iniciales R. M. M. Ch.; y como tal, LES IMPONEMOS TREINTA (30) AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA, cuya ejecución se realizará en el Establecimiento Penitenciario de Juliaca o en el que designe la autoridad administrativa penitenciaria, debiendo al respecto girarse el OFICIO correspondiente; haciendo presente que el inicio de la ejecución de la referida pena deberá computarse desde el veintisiete de mayo de dos mil catorce (27-05-2014), fecha en que ha sufrido detención preliminar judicial el sentenciado por la autoridad policial de Melgar - Ayaviri y luego habérsele dictado prisión preventiva en fecha treinta de mayo de dos mil catorce (30-05-2014); por tanto, con el descuento de dicha detención, la pena impuesta vencerá el próximo veintiséis de mayo de dos mil**

cuarenta y cuatro (26-05-2044); por tanto, **DISPONEMOS** la **inmediata EJECUCIÓN PROVISIONAL** de la pena privativa de libertad impuesta en la presente sentencia al condenado Rubén Maccapa Maccapa, debiendo de girarse el **OFICIO** respectivo al Director del Establecimiento Penitenciario de Juliaca. **3.3. FIJANDO** por concepto de la REPARACIÓN CIVIL la suma de CINCO MIL SOLES (S/. 5 000.00), que deberá pagar el condenado Rubén Maccapa Maccapa a favor de la adolescente agraviada identificada con las iniciales R. M. M. Ch." Con lo demás que contiene.

II.- APELANTES, PRETENSIÓN IMPUGNATIVA y ALEGATOS:

2.1 El único apelante es el sentenciado condenado **Rubén Maccapa Maccapa**, en audiencia de lectura de sentencia interpuso recurso de apelación, formalizando mediante escrito que obra en las páginas 227/236 cuaderno de debates.

2.2 SOLICITA se **REVOQUE** la sentencia apelada, reformándola en todos sus extremos, se le absuelva de todos los cargos; habiendo precisado su pretensión en audiencia indicando como pretensión alternativa la nulidad de la sentencia, o se reduzca la pena impuesta.

2.3 ALEGATOS:

2.3.1 Abogado del apelante Rubén Maccapa Maccapa.

DE APERTURA.

- Solicita se revoque la sentencia impugnada en el extremo de la condena impuesta a su patrocinada, y se absuelva a su patrocinado de los cargos imputados; probará la insuficiencia probatoria en la resolución que condena a su patrocinado

DE CLAUSURA.

- La sentencia es del 21 de diciembre del 2015, y luego de casi un año se realiza esta audiencia.

- En el presente caso, se tuvo tres procesados dentro de ellas su patrocinado, los otros dos acusados fueron absueltos sobre hechos distintos y anteriores imputados a su patrocinado.

Su patrocinado era amigo de Gumercindo (hermano de la agraviada), este en el juicio oral, de fecha 04 de junio de 2014 señala que estuvo presente en su cuarto su amigo y se prestó la motocicleta por unos momentos, el día 13 de mayo de 2014 Gumercindo invitó a su casa al acusado con el fin de ver una película, en su domicilio ubicado en el Jirón Arica Centro Poblado de Quishuara de Melgar;

La madre de la menor agraviada declaró que había presionado a su hija para que diga que el amigo de su hermano la violó; esas declaraciones existen;

No hubo acto de violación alguno de parte de su defendido; no hay pruebas que, en la menor se haya causado un clima de inestabilidad emocional, no se ha demostrado que su patrocinado sea autor del delito de violación sexual del 13 de mayo de 2014, pues el certificado médico legal tiene como conclusión desfloración antigua, pues la misma agraviada en su peritaje psicológico que no fue objeto de debate en primera instancia, (el abogado procede a dar lectura del peritaje psicológico de la menor), dicho documento el Ministerio Público no lo ha presentado como prueba en primera instancia. Hugo y Alfredo (acusados) fueron absueltos y su patrocinado fue condenado a una pena efectiva.

En un primer momento, la menor hizo creer a su madre que fue víctima de violación, por el acusado sentenciado; su patrocinado fue claro y preciso al indicar que no, con excepción que en el Ministerio Público dijo que con la menor existió besos y abrazos pero no reconoce una relación sexual con la menor de edad, la agraviada era muy conocida por la población, ella ya tuvo relaciones sexual con anterioridad, empero su patrocinado con la menor no tuvo

relaciones sexuales, pues el hermano de la agraviada sería el primero en enterarse; puesto que éste hermano regresó y la agraviada no le dijo nada.

Para efectos de una sentencia condenatoria se debe acreditar con pruebas objetivas, en el presente caso por la propia versión de la menor y de la madre de la menor y otras, hace dudar de la existencia de la responsabilidad de su patrocinado, por tanto se debe recurrir a la duda, principio indubio pro reo, por la cual debe absolverse a su patrocinado.

En caso de que se tenga distinto criterio, se debe tomar en cuenta el Acuerdo Plenario 01-2015 la misma que hace referencia a la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal, también la resolución que declara la inaplicabilidad del artículo 22 del Código Penal, ello porque su patrocinado tenía 19 años de edad, y solicita con mejor criterio se resuelva.

2.3.2 MINISTERIO PÚBLICO:

DE APERTURA.

- Solicita se confirme la sentencia en grado, pues se encuentra conforme a derecho y a los medios probatorios actuados en juicio, pues el Ministerio Público, ha probado la existencia del delito y la responsabilidad del sentenciado, ello con los medios de prueba actuados en juicio.

DE CLAUSURA:

- Solicita se confirme la sentencia. Efectivamente este hecho fue seguido en contra de otros imputado por otros hechos, ello no desmerece ni quita el hecho que se le imputa al sentenciado presente, que el ultimo hecho de ultraje sexual que sufrió la agraviada, siendo que este hecho se pudo acreditar que sí ocurrió; el abogado dijo que tenían conocimiento que la menor fue ultrajada por otra persona, por ello el sentenciado al tener conocimiento del hecho y como no pasaba nada con los otros el imputado decidió cometer el delito; el sentenciado era amigo del hermano de la agraviada, por tanto, conocía a su familia y hermana y ella tenía doce años de edad; el se acercó a la vivienda, le ofrece ir a su hermano a pasear en la motocicleta, para quedarse solo con la menor de doce años, y la ultrajo sexualmente en dos oportunidades y cuando llegó su hermano inmediatamente se retiró del domicilio, lo cual ha declarado y reconocido lo señalado a nivel de la Fiscalía, estuvo besando y abrazado con la menor, para luego decir que estuvo cinco minutos, existe contradicción, estuvo más de medio hora con la menor, y lo reconoció, cuando se acerco la citación del Juez de Paz, este acusado le indico que si estuvo con la menor, no se actuó ningún medio de prueba que indique que fue obligado y amenazado al momento de declarar, pues ello no ha ocurrido; la madre de la agraviada, ha sido amenazada para que no siga con la denuncia, ello lo hace conocer el director del centro educativo de la menor y aquí en la audiencia lo ha reconocido el imputado; los hechos han quedado acreditados con el acta de entrevista única donde da a conocer la forma y circunstancias como fue ultrajada por el sentenciado, ultraja a la menor y luego nuevamente la vuelve a ultrajar, ello se encuentra acredita con el examen de la perito María Carmen Dávalos Rojas, entre su conclusiones señala que presentaba desfloración antigua, en la data da a conocer que fue agredida sexualmente por una persona conocida el 13 de mayo del 2014 atribuido al recurrente; se tiene el examen hecho al hermano de la agraviada esto es a Gumerciendo Macahca Chura, este es amigo del acusado desde el año 2009 el menor quiso cambiar su versión pero al confrontar su declaración reconoció que el 13 de mayo del 2014 el sentenciado fue a su domicilio en su motocicleta y se quedó con la menor agraviada; la madre de la agraviada fue examinada en juicio, ello dijo que su hija ya no recordaba que no era cierto, ello fue, porque ya fue amenazada y presionada, pero no pudo desconocer el hecho de que ella fue quien interpuso la denuncia por la violación sexual practicado por Rubén Macapá Macapá; se tiene e examen a Jose Jacobo Salazar Ccama, quien es el auxiliar del centro educativo, donde va la madre de la menor a quien reclama por el comportamiento de la menor, ahí en presencia de la madre y de este auxiliar señalo que fue ultrajada sexualmente por Ruben Maccapa Maccapa, ante este hecho pone en conocimiento del director; el director también corrobora la indicado por el auxiliar, luego señala que después de los hechos, retorna la madre de la agraviada, y este le dijo que no quería saber nada del asunto puesto que estaba siendo amenazada presionado por la contra parte (familiares del acusado); el director dio a conocer que mediante oficio 023-2014, se puso de conocimiento del Juez de paz de única nominación por lo que este lo citó, este Juez también fue examinado en juicio y este acusado declaró y acepto que habían estado, en el entendido de estar sexualmente, siendo así, el relato de la menor y los testimonios actuados acreditan el dicho de la menor agraviada que es

coherente, consistente y verídico. Ahora bien el abogado del acusado hizo un panorama de la mala fama de la menor agraviada, pues ante las carencias sociales de la menor haya sido ultrajada anteriormente en nada desmerita el hecho ocurrido en su agravio, pues se protege la indemnidad sexual se trata de una menor de doce años. El abogado del acusado hace referencia a una pericia psicológica que no fue admitida, el abogado no dice de que la pericia psicológica concluye que la menor tiene indicadores de afectación por evento sexual. Estando al reconocimiento del sentenciado sobre su declaración su preliminar y sobre lo declarado ante el Juez de Paz de primera nominación ha quedado acreditado el delito de violación sexual que la sentencia ha valorado los elementos de convicción actuados en juicio y la sentencia está ajustada a derecho.

2.3.3 PALABRAS DEL ACUSADO RECURRENTE:

En esta instancia refirió ser inocente de los cargos formulados en su contra, y

III.- CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Hechos imputados, calificación jurídica y pretensión punitiva:

El Ministerio Público, en su dictamen acusatorio (Pág. 02/10 cuaderno de debates) atribuye al imputado lo siguiente:

1.1. Hechos.

Circunstancias precedentes: El día 13 de mayo de 2014, a horas 18:00 aproximadamente, el acusado Rubén Maccapa Maccapa a bordo de su motocicleta lineal de color azul y de su propiedad, se constituyó en el domicilio de la señora Demetria Chura Tacuri, ubicado en el Jirón Arica s/n. del Centro Poblado de Quishuará – Macarí, encontrando en dicha vivienda a la menor de iniciales R. M. M. Ch., de 12 años de edad, así como a su hermano Gumercindo Machacca Chura de 15 años de edad, quien es su amigo, menores que le invitaron al referido acusado a pasar al interior de la casa, concretamente a la habitación de Gumercindo Machacca Chura donde estuvieron mirando televisión, instantes en que el acusado le propuso al menor Gumercindo Machacca Chura prestarle su motocicleta para que pueda pasear dentro de la población, que en efecto dicho menor aceptando tal propuesta se fue de paseo en la motocicleta de propiedad del acusado; **circunstancias concomitantes:** Aprovechando dicha circunstancia, siendo las 19:00 horas aproximadamente, el citado acusado procedió a cerrar la puerta de la habitación y la tomó por sorpresa de los brazos a la menor agraviada venciendo sus resistencia con agresiones físicas consistentes en golpes de puño en diferentes partes del cuerpo, la echó encima de la cama de su hermano existente en el interior de la habitación, donde la despojó de sus prendas de vestir consistentes en el pantalón de buzo y la ropa interior, para luego el acusado también proceder a quitarse el pantalón y su ropa interior y luego ultrajar sexualmente vía vaginal, amenazándola de muerte a fin de que la menor no cuente lo sucedido a sus padres ni mucho menos a su hermano que en esos momentos se fue de paseo en la motocicleta lineal, proponiendo además pagarle la suma de veinte Nuevos Soles (S/. 20.00) para que la agraviada no avise sobre los hechos, reteniendo a dicha menor en el interior de la habitación hasta las 08:00 de la noche aproximadamente, y en vista de que el menor Gumercindo Machacca Chura aún no había retornado del paseo que venía realizando, el acusado vuelve a agarrarla a la menor de los brazos expresando que si estaba enojada o no por lo que le había hecho, suplicando que no avisara a nadie, para luego ejerciendo violencia sobre la menor agraviada consistente en golpes de puño en diferentes partes del cuerpo, la echó encima de la mencionada cama, empezó a besarla en los labios, procedió a quitarle el buzo y su short y él también se quitó sus prendas de vestir de la cintura para abajo y la ultrajó sexualmente vía vaginal y luego le expresó que quería casarse con ella; y **circunstancias posteriores:** Una vez consumado los hechos por segunda vez, la menor agraviada logró escapar de su agresor hacia la cocina, en donde se escondió por miedo que podría ser agredida nuevamente, instantes en que el menor Gumercindo Machacca Chura retornó de su paseo en la motocicleta lineal de propiedad del referido acusado, para luego dicho acusado a bordo de su motocicleta logró escapar del lugar de los hechos, por lo que la menor agraviada contó sobre lo sucedido de inmediato a su hermano Gumercindo Machacca Chura y al día siguiente a su señora madre Demetria Chura Tacuri y ésta a su vez al Director de la Institución Educativa Secundaria de Quishuará el Profesor Fabio Álvarez Condori, al igual que al señor Juez de Única Nominación de Quishuará señor Víctor Mamani Quispe.

1.2 Calificación jurídica.- Tales hechos han sido calificados por el Ministerio Público, como delito Contra la Libertad, en su modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma penal de **VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD**, tipificado en el artículo 173 inciso 2° primer párrafo del Código Penal.

1.3 Pena solicitada.- En la acusación escrita y juicio oral se solicitó, imponer a Rubén Maccapa Maccapa la imposición de **TREINTA AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**; y el pago de una reparación civil de quince mil y 00/100 soles (S/ 15,000.00) en forma solidaria con los otros dos acusados (ahora absueltos), a favor de la menor agraviada de iniciales R.M.M.Ch., representada por su madre Demetria Chura Tacuri.

SEGUNDO.- Enunciado normativo doctrinario.

2.1 Sustantivo. El inciso 2 del artículo 173 del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

2.1.1 En cuanto al tipo penal objetivo invocado por el Ministerio Público, debe tenerse en cuenta las siguientes consideraciones de desarrollo interpretativo doctrinario:

a) Tipicidad objetiva y subjetiva.

- En nuestro ordenamiento penal actual, autor del abuso sexual puede ser tanto un hombre como una mujer.

- El sujeto pasivo solo puede ser, una o un **menor entre diez y menos de catorce años de edad**; y el objeto de protección jurídica **es la indemnidad sexual**.

- En consecuencia, de acuerdo a los requisitos típicos, para su operatividad se requiere comprobar la edad cronológica de la víctima **entre diez y menos de catorce años de edad**. En el presente caso, si la víctima tenía menos de catorce años de edad a la fecha de la comisión delictiva (13-05-2014); así como la práctica de un acto sexual u otro análogo.

- Respecto de la conducta, la cobertura de la ley es sumamente amplia y extensa; abarcando cualquier modalidad de acción que al autor se le ocurra ejecutar logrando el acto sexual.

- La única modalidad comisiva que acepta el delito de abuso sexual de menores es el dolo.

- Por lo tanto, para la realización del tipo del injusto, además que se produzcan los actos externos, se requiere que el autor haya conocido que el acto sexual se practicaba a una o a un menor de edad de menos de 14 años, y haya orientado su voluntad en tal sentido, **está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva**¹.

¹ Artículo VII.- **Responsabilidad Penal.**- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

b) Autoría. La autoría directa se consuma cuando una persona realiza los elementos del tipo penal, objetiva y subjetivamente.

2.1.2 Bien Jurídico protegido.

Si la víctima tiene menos de catorce años de edad, el bien jurídico protegido es **la indemnidad sexual**. Entiéndase por indemnidad o intangibilidad sexual de los menores que no han cumplido catorce años de edad, la orientación a salvaguardar el libre desenvolvimiento del derecho del menor a la libertad sexual hacia el futuro, cuando goce de las condiciones necesarias. La indemnidad o intangibilidad sexual, se entiende como la protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes todavía no han alcanzando el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea (según el DRAE, indemnidad, es el estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio); en palabras sencillas significa que son intocables sexualmente, no teniendo eficacia su consentimiento. Para la verificación del delito de violación sexual de menor de esta edad, no se necesita que el agente actúe haciendo uso de conducta medial alguna, es decir de violencia, ni intimidación, ni inconsciencia. **Se trata de un delito de comisión dolosa**, es decir que el agente tiene conocimiento de la minoría de edad de su víctima y no obstante, libre y voluntariamente le practica el acto o acceso carnal sexual, ya sea por la cavidad vaginal, anal o bucal o en todo caso, le introduce objetos (prótesis sexuales, etc.) o partes del cuerpo en su cavidad vaginal o anal.

2.2 Procesal. El artículo 419 del CPP señala: *“1. La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho. 2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente.”*

En tanto que el Artículo 425.2 del mismo CPP señala: *“La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.”*

En el literal b) del numeral 3 del Artículo 425 del mismo CPP señala: *“La sentencia de segunda instancia sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409 puede: Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.”*

2.3 En los delitos de violación sexual, el sujeto pasivo del mismo, asume **la condición de Víctima-Testigo**, y su versión se constituye en una prueba necesaria y suficiente que permite sustentar una imputación capaz de desvirtuar la presunción de inocencia; sin embargo, la declaración que preste la

victima para tener fuerza acreditativa creíble y suficiente que sustente una condena, debe cumplir con los cánones de **uniformidad**, **espontaneidad** y **voluntariedad**, de tal manera que sustente una veracidad de los hechos y puedan llevar al juzgador a la certeza y por la naturaleza del evento delictivo un grado “*más allá de toda duda razonable*” sobre la existencia de los hechos, lo que no necesariamente puede entenderse como equivalente a “*más allá de toda sombra de duda*”, pues en ese caso sería necesario descartar por completo cualquier otra versión de los hechos distinta a la inculpatoria, mientras que se admite comúnmente que esta fórmula permite la existencia de otras hipótesis posibles aunque improbables.

Al respecto, la Corte Suprema, mediante Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, ha señalado como precedente vinculante a ser invocado por los magistrados de todas las instancias judiciales, cuales son los criterios para efectos de valoración de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado, en su fundamento jurídico décimo, con Las garantías de certeza serían las siguientes: a) *Ausencia de incredibilidad subjetiva*, b) *Verosimilitud*; y c) *Persistencia en la inculpatión*.

TERCERO.- Hechos a probar.

3.1 En ese contexto, los hechos a probar en el presente caso de acuerdo a la acusación, y al tipo penal invocado por el Ministerio Público, y lo sostenido por el acusado son: **a)** Que el acusado haya tenido acceso carnal vía vaginal u otros actos análogos con la menor agraviada; **b)** Que la menor agraviada al momento de la comisión del delito haya tenido menos de catorce años de edad; **c)** Que lo descrito en el certificado médico legal N° 000666-G de fecha 28 de mayo de 2014 otorgado por la médico legista María Carmela Dávalos Rojas, a favor de la menor agraviada R.M.M.Ch, sean resultado de la agresión sexual efectuada por el acusado; y **d)** que el acusado haya actuado con conocimiento de los elementos del tipo y haya tenido voluntad de cometer dicho delito.

3.2 Conforme a los artículos 419 y 425 del NCPP, que hemos citado e invocado en el numeral 2.2 de la presente sentencia, la Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y además las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada, no pudiendo otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio hubiera sido cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

3.3 De tal manera que habiéndose precisado por la defensa del apelante en la audiencia de apelación, que su pretensión impugnativa es la revocatoria de la sentencia de condena emitida por el Juzgado Colegiado de primera instancia, y la consiguiente absolución de su patrocinado o alternativamente se declare nula la sentencia impugnada o en su defecto se reduzca la pena impuesta y el monto de la reparación civil. Por lo que, habiendo hecho tal precisión, el impugnante se encuentra en la obligación de acreditar los argumentos de su impugnación, para que se pueda acceder a su pretensión impugnativa. En esta oportunidad, tal y como aparecen de las actas, corroborado con el soporte magnético (grabaciones); en esta instancia superior no se ha actuado ninguna nueva prueba para contradecir la prueba de cargo actuada en el juicio oral de

primera instancia, a cuyo mérito se emitió la sentencia de condena. Así aparece del debate producido. Por lo que corresponde únicamente evaluar de acuerdo a lo argumentando por la defensa técnica, si la prueba actuada en el juicio oral de instancia, ha sido correctamente valorada y si amerita una sentencia de condena o una absolución.

CUARTO.- Fundamentos Valoración del Colegiado de Primera Instancia.

Los encontramos principalmente en el considerando segundo de la apelada.

“Respecto del aspecto subjetivo (dolo) del acusado Rubén Maccapa Maccapa, conforme se ha evidenciado en los considerandos anteriores, el acusado sabía de que la menor agraviada era menor de 14 años, por cuanto su hermano mayor Gumercindo Machacca Chura de 15 años de edad en ese entonces era amigo del referido acusado y que además, dicha agraviada en el año 2014 recién cursaba el Primer Grado de educación secundaria; además, la defensa técnica del acusado en su alegato de apertura ha señalado que su defendido antes de ingresar al Establecimiento Penal tenía pleno conocimiento que tener relaciones sexuales con una menor de edad es delito; y pese a ese conocimiento, el citado acusado ha actuado con intensión y conocimiento de acceder carnalmente con la adolescente agraviada, por cuanto en forma consciente se constituyó al domicilio de dicha menor, luego le facilitó su motocicleta al hermano de la misma llamado Gumercindo Machacca Chura para que fuera a pasear y luego aprovechó esa circunstancia en que en dicho domicilio se encontraban solos él y la menor agraviada y procedió a ultrajarla sexualmente hasta en dos oportunidades, incluso proponiéndole casarse y la suma de S/. 20.00 para que la agraviada no avisara a nadie del hecho; de todo lo que se infiere que el acusado ha actuado premeditadamente.

2.10. *Por todo lo expuesto, del examen individual y conjunto de las pruebas producidas en audiencia, en que la menor agraviada junto a su señora madre doña Demetria Chura Tacuri, en fecha 15 de mayo de 2014, se han constituido al Colegio o Institución Educativa Agropecuaria de Quishuará, entrevistándose con el Auxiliar José Jacobo Salazar Ccama a quien por primera vez la menor agraviada le refirió que ha sido objeto de violación sexual el día 13 de mayo de 2014, en su propio domicilio por parte de Rubén Maccapa, luego tanto la señora madre de dicha agraviada y la propia agraviada se constituyeron a la Dirección de dicha Institución Educativa, siendo atendidas por el Director señor Yolo Fabio Álvarez Condori, a quien le refirieron lo propio, por lo que dicha autoridad ha derivado el caso al Juez de Paz de Única Nominación del Centro Poblado de Quishuará y que dicho Juez de Paz señor Víctor Mamani Quispe al haber citado al mencionado acusado Rubén Maccapa Maccapa, éste se presentó tembloroso al despacho judicial, para luego admitir que había estado sexualmente con la menor agraviada; en consecuencia, en el proceso se encuentra debidamente acreditada la comisión del delito de violación sexual, así como la responsabilidad penal del acusado Rubén Maccapa Maccapa.”*

QUINTO.- ANALISIS y CONSIDERACIONES DE LA SALA DE APELACIONES.

5.1 En el presente caso, en cuanto a la valoración de pruebas, se tiene que proceder, conforme a lo establecido en el inciso 2 del Artículo 425 del Código Procesal Penal². De acuerdo a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral de primera instancia, las alegaciones efectuadas por las partes en la audiencia de apelación de sentencia, y teniendo en cuenta que en esta superior instancia, no se ha actuado ningún medio de prueba nuevo, que pudiera ser

² Art. 425.2 Código Procesal Penal. La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

valorado independientemente. En ese marco de actuación probatoria procesal, se tiene únicamente lo actuado en el juicio oral de primera instancia, dentro de cuyas pruebas se tienen: la incorporación de la declaración de la agraviada y la declaración de testigos (madre, hermano de la menor agraviada, auxiliar y Director del Colegio, Juez de Paz); las que constituyen pruebas personales, pruebas a las que conforme a la norma procesal invocada, esta Sala no puede otorgarle diferente valor probatorio, por haber sido objeto de intermediación por el Colegiado de Primera Instancia; quedando por valorar entonces únicamente las pruebas documentales y la prueba pericial referente a las relaciones sexuales de la agraviada, valoración que deberá hacerse, teniendo en cuenta los cuestionamientos y argumentaciones que hayan efectuado las partes respecto de ellas. En ese contexto, este Colegiado considera la existencia de premisas fácticas acreditadas, conforme veremos enseguida.

5.2 En lo que concierne a las cuestiones que nos hemos planteado como hechos a probar, enunciadas en el tercer considerando de la presente sentencia, esto es en cuanto a:

a) Que el acusado (apelante) haya mantenido acceso carnal vía vaginal con la menor agraviada. Se tiene como prueba de tal hecho, la versión inculpativa de la menor agraviada, la que de manera persistente ha sindicado a Rubén Maccapa Maccapa, haberla sometido a tener acceso carnal vía vaginal en contra de su voluntad en dos oportunidades; siendo que se trata de una menor de doce años de edad en la fecha de ocurridos los hechos, carece de relevancia, pronunciarnos de si existió violencia o amenaza, dado que el bien jurídico protegido es su indemnidad sexual, por lo que no se requiere de los elementos de violencia o amenaza. Es así que la menor ha manifestado sin dudas ni vacilaciones, que el día 13 de mayo de 2014, el acusado la ultrajó sexualmente en la habitación de su hermano en el interior de su domicilio ubicado en el jirón Arica sin número Centro Poblado de Quishuará, lugar en el que según la constatación fiscal, corrobora que una de las habitaciones corresponde al hermano de la menor agraviada. Que, la credibilidad de la declaración de la menor agraviada, aun cuando fuere el único testimonio tiene entidad para destruir la presunción de inocencia; teniendo ello su fundamento entre otros, en el hecho de que esta clase de delitos se caracterizan por su clandestinidad, y ello es lógico porque los delincuentes y más aun un violador sexual, siempre buscaran cometer su delito en forma oculta (clandestina, sin testigos); lo que ha sido recogido en el fundamento jurídico diez del acuerdo plenario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República N° 2-2005/CJ-116, precisa que la declaración del agraviado tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones, al cumplirse las garantías de certeza como: Ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud, y persistencia en la inculpativa.

En el presente caso, no se advierte la ausencia de ninguna de las garantías de certeza enunciadas, pues en cuanto a la incredibilidad subjetiva, pues, la agraviada, y el acusado manifestaron que se conocen de vista, siendo que por el contrario existía un vínculo amical entre el acusado y el hermano de la agraviada, siendo así, no ha existido enemistad, odio u otro tipo de resentimiento, como para pensar o insinuar que la imputación sea producto de una relación de odio, resentimientos, o enemistades u otras que impidan

aptitud para generar certeza a la declaración de la agraviada; mas aun que, el acusado ha indicado que no se explica porque lo denunciaron, y que no es cierto la imputación que se efectúa en su contra; pero al respecto no ha hecho actuar ningún medio de prueba; quedando estas excusas solo en afirmación, pues quien alega hechos tiene que acreditarlos, lo que no ocurrió en el presente caso. En cuanto a la **persistencia en la incriminación**, esta se ha manifestado a lo largo del todo el proceso, entendida esta como que nunca se produjo un cambio de versión, por parte de la menor agraviada, desde la fecha de ocurridos los hechos, desde su primera y única declaración -acta de entrevista única- de fecha 30 de mayo de 2014 Pág. 6/10 expediente judicial), incorporada al juicio oral, ha relatado los hechos que le ocurrieron con claridad, y si bien la menor agraviada no concurrió al juicio oral, ello en forma alguna enerva su primigenia declaración, de lo que resulta que la menor agraviada nunca llegó ni siquiera a variar su declaración, por lo que se estima que existe persistencia en la incriminación. En cuanto a la **verosimilitud de la declaración de la menor agraviada**, la que por exigencia del mencionado acuerdo plenario debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas; esta resulta corroborada con el certificado médico legal 000666-G, practicado a la menor agraviada; en la data señala IRS 01-05-2014 Y 13-05-2014 en el que si bien el médico concluye que presenta signos de desfloración antigua, la data (esto es que anteriormente la menor ya había tenido relaciones sexuales) pero aseveración no enerva la incriminación persistente de la menor agraviada, por lo que estando a la versión de la menor agraviada en su condición de víctima testigo, cuya versión además no ha sido desacreditada; y no habiendo prueba en contrario u otro medio que genere por lo menos duda; se tiene que el relato de la menor agraviada tiene el grado de verosimilitud, exigido por el citado Acuerdo Plenario. A los que se agrega las declaraciones testimoniales de Gumerindo Machacca Chura, Demetria Chura Tacuri, Victor Mamani Quispe, Yolo Fabio Alvarez Condori y de Jose Jacobo Salazar Ccama, como elementos periféricos corroborantes de la versión inculpativa; y no habiendo prueba en contrario u otro medio que genere por lo menos duda; se tiene acreditados los hechos materia de juzgamiento; así como la responsabilidad del apelante. En consecuencia se cumplen los cánones de Uniformidad, espontaneidad y voluntariedad.

b) En cuanto a que la menor agraviada al momento de la comisión del delito haya tenido menos de catorce años de edad. Se encuentra acreditado con el acta o partida de nacimiento de la menor cuyas letras de inicio de sus nombres y apellidos son R.M.M.Ch.. (Página 19 expediente judicial) oralizada en juicio oral en la sesión de 26 de noviembre de 2015 (Pagina 140 a 143 del cuaderno de debates); de la que aparece que esta nació el dieciséis de agosto del año dos mil uno, por lo que en la fecha de ocurridos los hechos trece de mayo de dos mil catorce, tenía doce años, ocho meses; no habiéndose cuestionado de forma alguna este aspecto, por lo tanto, está acreditado que al momento de los hechos la menor tenía menos de catorce años de edad.

c) En cuanto al certificado médico legal N° 000666-G de fecha 28 de mayo de 2014 otorgado por la médico legista Maria Carmela Dávalos Rojas, a favor de la menor agraviada, en el que entre otros se concluye "*presenta signos de desfloración antigua*", que las lesiones descritas en el certificado médico, sean

resultado de la agresión sexual efectuada por el acusado, está acreditado como lo hemos desarrollado en el literal a) de este mismo considerando, se ha determinado que son el resultado de la agresión que sufrió la menor agraviada por parte del sentenciado recurrente, tanto más que la perito medico ha concurrido a juicio oral y se ha ratificado en el mismo, habiendo sido evaluada, por tanto sometida a contradictorio.

d) En cuanto a que el acusado haya actuado con conocimiento de los elementos del tipo y haya tenido voluntad de cometer dicho delito. Dada su mayoría de edad (19 años de edad), grado de instrucción secundaria completa según su ficha de consulta en línea a RENIEC; y además era amigo del hermano mayor de la agraviada; lo que significa que tenía pleno conocimiento de cómo distinguir la minoría de edad de su víctima, se aprovecho de la confianza que existía con el hermano de la menor, tanto que conocía a este desde el año 2009, siendo así, tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta.

5.3 Es necesario reiterar, que durante la audiencia de apelación en segunda instancia, las pruebas personales y periciales valoradas en el juicio oral de primera instancia, no han sido cuestionadas por la defensa técnica con prueba alguna, que se haya podido actuar en esta instancia.

5.4 En cuanto a los cuestionamientos de la defensa.

5.4.1. En cuanto a que la madre de la menor agraviada declaró que había presionado a su hija para que diga que el amigo de su hermano la violó; al respecto, se tiene que, en el juicio oral en la sesión de veintiséis de noviembre de dos mil quince, se ha incorporado el acta de recepción de denuncia verbal, siendo que respecto a esta acta, el abogado del recurrente en juicio oral no cuestiono el documento ni su contenido como tal, sino hizo a una formalidad; tanto más que esta acta de denuncia esta corroborada con el oficio 032-2014/ME-DREP-UGEL-M/IESA-QM, siendo que también el abogado del recurrente respecto a este documento solo hace una observación formal –ver folios 140 a 143-, siendo que la defensa no ha cuestionado dichas pruebas actuadas en juicio oral. En el fondo la defensa pretende que no se de credibilidad a la imputación de la agraviada, pero este cuestionamiento, frente a la consistencia de las pruebas de cargo, resulta intrascendente para acceder a la pretensión del apelante. Si bien la menor agraviada no ha declarado en el juicio oral, en la entrevista única, que ha sido incorporada en el juicio oral ha narrado en forma circunstanciada el ultraje del que fue víctima. Sobre credibilidad de la versión de la menor agraviada, es preciso señalar que la determinación del grado de credibilidad del testimonio del agraviado –tratándose de delitos de abuso sexual- siempre será materia reservada a los jueces que han tomado contacto directo con el material probatorio. Así el grado de convicción del dicho de un agraviado que se provoca en los jueces, constituye una cuestión subjetiva que pertenece a la esfera reservada por la ley para los magistrados, ya que conforme al **principio de inmediación** (“*face to face*”) de los jueces con los órganos de prueba y, sobre todo en las pruebas personales, son los jueces quienes establecen el mayor o menor valor de la sindicación de la parte agraviada; ya que como se tiene indicado este solo dicho, puede conducir, en consonancia con otros elementos a un coherente cuadro acerca de la reconstrucción histórica de lo ocurrido. En el caso presente

si bien la menor agraviada no ha concurrido al juicio oral, en cambio se ha dado lectura a la entrevista única de la menor, lo que significa de cierta forma la observancia del principio que hemos aludido. No obstante ello, la defensa no ha expresado de manera clara cuáles o de donde o porqué o cómo la madre de la agraviada la habría presionado para que declare en cierto sentido, el hecho de afirmarlas, no necesariamente es creíble, menos si no está debidamente acreditada, ni es trascendental; lo que no puede debilitar la imputación directa efectuada por la agraviada. Asimismo, la defensa no precisa la forma de esa influencia o manipulación, la que no se vislumbra con facilidad, dado que habiendo ocurrido los hechos el 13 de mayo de 2014, la menor contó de los hechos en fecha 15 de mayo de 2014 tal como se advierte de la declaración testimonial prestada por José Jacobo Salazar Ccama –ver folios 133 a 134 del cuaderno de debates-.

5.4.2. En cuanto que, no hubo acto de violación alguno de parte de su defendido; no hay pruebas que, en la menor se haya causado un clima de inestabilidad emocional, no se ha demostrado que su patrocinado sea autor del delito de violación sexual del 13 de mayo de 2014, pues el certificado médico legal tiene como conclusión desfloración antigua; que la agraviada era muy conocida por la población, ella ya tuvo relaciones sexual con anterioridad, que de ser cierto, el hermano de la agraviada sería el primero en enterarse; puesto que éste hermano regresó y la agraviada no le dijo nada. Respecto a este argumento (*no hubo violación*), nos hemos pronunciado en el presente considerando punto 5.2 literal a), siendo que existen suficientes pruebas de cargo, que ninguna fue cuestionada por el abogado del recurrente; tanto más, que el recurrente en ningún momento manifestó no haber estado presente en el lugar de los hechos y en la hora señaladas como fecha de la ocurrencia denunciada, puesto que el mismo admitió su presencia, aduciendo que su presencia en esa habitación se debió a la invitación del hermano de la agraviada, para ver una película. En cuanto a que no se ha causado un clima de inestabilidad emocional a la menor agraviada, no resulta de recibo, puesto que la madre de la menor, ante la conducta de la menor agraviada, la madre acude ante el auxiliar del Colegio de Quishuara, ver folios 134 del cuaderno de debates, por lo, tanto, ante la actitud de la menor, la madre decidió concurrir al Colegio de la agraviada, por tanto, se evidencia que de cierta manera el hecho delictivo tuvo que ver con la conducta de la menor agraviada. En cuanto al argumento de que la menor agraviada ya había tenido relaciones sexuales con anterioridad con otras personas, y que por ello presentaría desfloración antigua es de considerar lo indicado por la doctrina en el siguiente sentido: *“El tipo penal solo exige que el sujeto pasivo tenga una edad cronológica menor de 14 años, independientemente del nivel de desarrollo de su capacidad de discernimiento, del grado de evolución psicofísica que haya alcanzado o de si ha tenido antes experiencias de tipo sexual, sentimental o de cualquier otra índole. El derecho penal en la protección de la sexualidad de los menores no realiza una consideración adicional respecto a la vida anterior de la menor revisando sus antecedentes morales, sociales, económicos o jurídicos. De ahí que el delito igual se configura así se llegue a determinar que la menor o el menor se dedique a la prostitución, o si ha tenido con anterioridad al hecho experiencia de acceso carnal sexual.”*³ Estando a lo expuesto, no tiene ninguna trascendencia para calificar la conducta delictiva ni menos para

³ Ramiro Salinas Siccha – los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, tercera edición – setiembre 2016 pag. 212

liberar de responsabilidad penal al agente, el hecho que la víctima menor supuestamente con anterioridad al hecho haya tenido relaciones sexuales.

5.4.3. En cuanto a que en el presente caso existiría duda, por tanto, debe absolverse a su patrocinado; al respecto, el principio del in dubio pro reo, conforme a lo dispuesto por el artículo dos inciso veinticuatro, párrafo e) de la Constitución Política del Perú, se aplica cuando existe duda respecto a la responsabilidad de los procesados en la comisión del delito; y al decir de Florencio Mixan Mass, el efecto jurídico de la duda en el proceso penal es la absolución del acusado, ya que en el proceso no se ha probado plenamente la inocencia, pero tampoco fehacientemente la culpabilidad del procesado, de modo que, la trayectoria del conocimiento hacia la verdad objetiva tiene mucho todavía de error como de verdad, por lo tanto resulta riesgoso condenar a alguien sin haber establecido nítidamente que es culpable. Lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, por cuanto ha quedado plenamente demostrado la realidad del delito y responsabilidad del acusado recurrente, conforme al estudio y análisis efectuados.

5.4.4 Que en cuanto al cuestionamiento al derecho a la motivación (escrito de apelación) de las resoluciones, se refiere al derecho a la certeza judicial, que supone la garantía de que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican, como tiene señalado el Tribunal Constitucional en el fundamento 11 de la sentencia recaída en el expediente N.º 1230-2002-HC/TC, Caso César Humberto Tineo Cabrera, ha precisado: “(...) **la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y 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.**” Luego, en el fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 02707-2007-PHC/TC, Caso Moisés Godofredo Romero Edwards ha indicado: “(...) *En tal sentido el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que conlleva a que se exprese no sólo la norma aplicable al caso en concreto, sino también la explicación y justificación de por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado dentro de los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresan la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y lo pretendido por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea suscita, o se establezca el supuesto de motivación por remisión [Cfr. Exp. N.º 4348-2005-PA/TC].*

Concluyéndose, en consecuencia, que la motivación de las resoluciones judiciales importa no solamente una garantía de la administración de justicia, en tanto contenido del debido proceso, la que debe cumplir con los presupuestos de claridad, logicidad y completitud sino, lo que resulta importante, un aspecto de legitimación social de la justicia formal. Por lo que,

esta Sala teniendo en consideración lo hasta aquí expuesto, no comparte la posición de la defensa técnica.

SEXTO.- Antijuridicidad.

El acusado no ha alegado ninguna causa de justificación, habiendo limitado su defensa a negar las relaciones sexuales, aspecto que no ha sido probado, de manera que al haberse vulnerado el bien jurídico tutelado en el delito materia de instrucción, esto es, la indemnidad sexual de la menor de iniciales R.M.M.Ch.; deviene, en antijurídica la conducta del acusado; estando por tanto acreditado el injusto penal.

SEPTIMO.- Culpabilidad.

El acusado no ha alegado, como medio de defensa, ninguna circunstancia o causa de inimputabilidad o de exculpación en la comisión del hecho delictivo, u otros de similar naturaleza; limitándose a negar el delito, ser inocente de los cargos imputados, que la menor declaró por presión de la madre de la misma. Sin embargo para probar todos ese dicho, no presentó ninguna prueba, por tanto, no se ha enervado la imputación directa efectuada por la menor agraviada, en contra del imputado, más aun cuando se tiene que el hermano menor de la agraviada era amigo del acusado, por tanto, no es factible, que hubiera alguna situación que hubiera creado sentimientos de enemistad u odio, posibilidad que se desvanece mucho más cuando, el propio acusado indica que conoce desde hace mucho tiempo al hermano de la agraviada. Asimismo, tenía plena conciencia de que el hecho cometido constituía delito, ello debido a que es una persona con plena mayoría de edad, pues a la fecha de los hechos tenía diecinueve años de edad, Asimismo, el acusado no ha alegado ninguna causa de exculpación; siendo por consiguiente reprochable la conducta del acusado al haber ultrajado a la menor de edad, vulnerando el bien jurídico tutelado, por lo que el reproche de la conducta resulta evidente apreciándose que el acusado no guarda fidelidad con las normas que prohíben este tipo de relaciones, dado que la agraviada era una persona de tan solamente doce años de edad, hermana de su amigo. Por lo tanto estaba obligado a respetar la indemnidad sexual de la que están premunidos los menores de dicha edad para tener este tipo de relaciones en forma libre, por consiguiente, es culpable de los hechos incriminados.

OCTAVO.- Determinación judicial de la Pena.

8.1. Estando acreditada la comisión delictiva instruida, así como la responsabilidad penal del acusado, el mismo debe ser sancionado con una pena acorde a los hechos mencionados a la forma y circunstancias en que se ha cometido los mismos; asimismo, es de tomar en consideración lo señalado por su abogado defensor, en el sentido que se rebaje la pena, e inaplicar el artículo 22 del Código Penal, en merito a lo resuelto por la Corte Suprema.

Esta Superior Sala Penal en concordancia con los pronunciamientos de las Salas Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de la República⁴, considera

⁴ "10°. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio - derecho fundamental de igualdad ante la Ley"... "11°. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad

que, la disposición prevista en el artículo 22°, párrafo segundo, del Código Penal, realiza una exclusión que resulta discriminatoria, por cuanto, la atenuación de la pena por responsabilidad restringida se fundamenta en las condiciones personales del imputado, esto es, es parte de la culpabilidad en la estructura de la teoría del delito, en consecuencia, no siendo relevante para la responsabilidad restringida circunstancias que influyan en la antijuridicidad del delito, por tanto, debe de realizarse el control difuso para tal efecto, en atención a lo previsto por el artículo 138°, segundo párrafo, de la Constitución⁵, esto es, preferir una norma constitucional respecto a una norma legal con la que es incompatible, en el presente caso, esta Superior Sala Penal considera inaplicable el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, que excluye el beneficio de la reducción prudencial de la pena por responsabilidad restringida por edad, al agente que haya incurrido entre otros, en el delito de violación sexual, debido a que se contrapone con el derecho fundamental de igualdad ante la Ley, previsto en el inciso 2), del artículo 2°, de la Constitución Política de Estado.

Lo antes señalado se corrobora con la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el fundamento cuadragésimo segundo de la **Casación N° 335-2015 DEL SANTA**, en el sentido siguiente: *“Es importante precisar que el “control difuso” de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2°, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena”*.

Conforme a lo expuesto, en el caso de autos, al tener 19 años de edad el sentenciado apelante, debe de procederse a valorar la responsabilidad restringida.

constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos– invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal. El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso. Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo”. [Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, fundamentos jurídicos diez y once]. “SÉPTIMO. Que, ahora bien, el imputado cuando perpetró el delito tenía veinte años de edad, luego, es sujeto de responsabilidad restringida. Es cierto que el artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número 27024, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, prohíbe la disminución de la pena. Sin embargo, tal limitación por vulnerar el principio institucional, de relevancia constitucional, de igualdad no puede ser aplicada. En efecto, la base de la diferencia en función a la edad se sustenta en la capacidad disminuida –sustento o elementos esencia de la culpabilidad–, no en el delito cometido; hacerlo por esa razón significa incorporar como regla de interdicción de exención de pena un elemento impropio que decide la antijuridicidad y, por tanto, con una base no objetiva ni razonable que una democracia constitucional no puede aceptar”. [Recurso de nulidad N° 701-2014 HUANCAMELICA, considerando séptimo]. “Décimo. Este Supremo Tribunal, en virtud de su potestad de control difuso, esto es, preferir una norma constitucional respecto a una norma legal con la que es incompatible, prevista en el segundo párrafo del artículo treinta y ocho de la Constitución Política del Perú, considera inaplicable el segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, que excluye el beneficio de la reducción prudencial de la pena por responsabilidad restringida por edad, al agente que haya incurrido entre otros, en el delito de violación sexual, debido a que se contrapone con el derecho fundamental de igualdad ante la Ley, previsto en el inciso dos, del artículo dos, de la Constitución Política de Estado...” [Recurso de nulidad N° 2321-2014 HUANUCO, considerando Décimo]. Entre otros.

5 Artículo 138°, segundo párrafo, de la Constitución *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*.

8.2 Pero previo ello, siguiendo los criterios jurisprudenciales expuestos por la Sala la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la **Casación N° 335-2015 DEL SANTA**, debe verificarse si la pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad prevista por el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal, resulta compatible con la Constitución. Al respecto, nos encontramos ante la colisión del principio de legalidad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución, en el extremo que prevé que nadie será sancionado con pena no prevista en la ley, con los principios de proporcionalidad, previsto en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución y en el artículo VIII del Código Penal que señala: *“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”* y de resocialización del reo, previsto en el artículo 139°, inciso 22, de la Constitución, así como el principio convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles, inhumanas o degradantes, garantizado en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese sentido, el conflicto de principios constitucionales se presenta en el presente caso, porque la pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, fijada por el legislador para proteger la “indemnidad sexual” de la menor agraviada, quien contaba al momento de los hechos con 12 años, 08 meses de edad, es sumamente grave y representa en su límite máximo la pena privativa de libertad temporal más drástica de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe analizarse su aplicación en concordancia con los principios de proporcionalidad y resocialización. Para tal efecto, debe recurrirse al test de proporcionalidad, con sus tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sobre la idoneidad de la tipificación del delito de violación sexual presunta, en agravio de menores de 13 años de edad, en artículo 173°, inciso 2), del Código Penal, y la imposición de pena privativa de libertad para sus autores o partícipes; consideramos que es un medio idóneo para lograr la protección de la indemnidad sexual de los menores involucrados como víctimas; sin embargo, respecto al sub-principio de necesidad, la imposición de 30 a 35 años de pena privativa de libertad al autor o partícipe de la violación sexual de un menor de 12 años de edad (la agraviada tenía 12 años, 08 meses de edad), no es un medio necesario o indispensable para lograr la protección efectiva del bien jurídico “indemnidad sexual”, por cuanto existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo, por ende, la pena draconiana establecida por el tipo penal no supera el sub-principio de necesidad. En este extremo cabe mencionar la ilógica del legislador, cuando al regular la pena para el delito de homicidio, previsto en el artículo 106° del Código Penal, establece una pena de 6 a 20 años de pena privativa de libertad. Es decir, considera que solo entre 6 y 20 años es necesario privar la libertad de un homicida, para satisfacer el bien jurídico vida que protege dicho tipo penal. Entonces, para proteger otros bienes jurídicos de menor rango que la vida humana no se explica cómo es que se requiere de una pena mayor. En cuanto al sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, estando a que no se cumple el segundo paso del test de proporcionalidad (necesidad) en el caso concreto, carece de objeto analizar el tercer y último paso del mencionado test, tanto más que en los numerales siguientes se expone las razones que justifican que la pena impuesta por el colegiado a quo de 30 años de pena privativa de libertad debe ser revocada y reformándola imponer una pena menor;

En consecuencia, para determinar quantum de la pena aplicable al presente caso, vía control difuso, no sólo debe inaplicarse la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, sino también debe inaplicarse el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal;

8.3 Dentro de dicho contexto, procedemos a valorar la responsabilidad restringida; para tal efecto, este Colegiado hace uso de las pautas establecidas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que señala: *“CUADRAGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica del este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis materia del presente recurso, siendo los siguientes: A. AUSENCIA DE VIOLENCIA O AMENAZA PARA ACCEDER AL ACTO SEXUAL...B. PROXIMIDAD DE LA EDAD DEL SUJETO PASIVO A LOS CATORCE AÑOS...C. AFECTACIÓN PSICOLÓGICA MÍNIMA DE LA VÍCTIMA... D. DIFERENCIA ETÁREA ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO...”*. [Casación N° 335-2015 DEL SANTA, fundamento de derecho cuadragésimo tercero].

En cuanto a la existencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, la perita médica María Carmela Davalos Rojas, en el certificado médico legal, como conclusiones señaló; *“No presenta lesiones traumáticas recientes extragenitales ni paragenitales...”*, dicha perita, ha concurrido ha juico oral, y se ha ratificado en el certificado médico legal, del cual no se denotan la existencia de actos de violencia.

En cuanto a la proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años, en el caso de autos la menor agraviada tenía exactamente 12 años, 08 meses Y 27 días de edad. Siendo ello así se tiene en cuenta lo referido en la casación 335-2015 DEL SANTA, la cual precisa *“En consecuencia, cuanto mayor sea el acercamiento a la edad de los catorce años, la que detentaba la agraviada al momento de los hechos, mayor será la atenuación de la pena, en el caso de los sujetos activos con responsabilidad restringida que tengan entre 18 y 21 años de edad”*. En el caso de autos, se tendrá dicho aspecto para determinar la pena.

En cuanto a la afectación psicológica mínima de la víctima, en el presente caso, la pericia psicológica no se admitió conforme se tiene del auto de enjuiciamiento contenido en la resolución 08-2015 que obra a folios 16 a 21; asimismo, mediante resolución 05 de fecha 03 de setiembre del 2015 que obra a folios 68 fue declarada inadmisibles del cuaderno de debates, por tanto, no se actuó en juicio y no puede ser valorada en esta instancia, siendo ello así no se tiene acreditada una afectación psicológica grave en la menor agraviada; empero de los actuados en esta instancia (acta de entrevista de la menor agraviada) se advierte que existiría una afectación psicológica mínima en la menor.

En cuanto a la diferencia etárea entre el sujeto activo y pasivo, la agraviada tenía 12 años, 08 meses de edad y el imputado tenía 19 años, existiendo una diferencia de aproximadamente 6 años entre ambos, debiéndose tomarse en cuenta como atenuante en el caso de autos.

Dentro de dicho contexto, en cuanto a la determinación judicial de la pena concreta, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha referido que: *“CUADRAGÉSIMO QUINTO: Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, nos encontraríamos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por “control difuso”, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29° del Código Penal acotado, que establece, la pena*

privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años...". [Casación N° 335-2015 DEL SANTA, fundamento de derecho cuadragésimo quinto]. En consecuencia, en el caso de autos, el extremo mínimo de la pena a imponerse será de 2 días y el extremo máximo de la pena a imponerse será de 35 años.

En el caso de autos, sin perjuicio de la responsabilidad restringida, no concurren otras circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas que modifiquen el marco penal antes referido, por tanto, la determinación de la pena debe realizarse siguiendo el procedimiento referido en los incisos 1) y 2) del artículo 45°-A del Código Penal. Asimismo, de la revisión de la actuación probatoria existente en autos, no se advierte la concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 46° inciso 1), y al inciso 2) del referido Código, por tanto, la pena concreta se determinará teniendo en consideración las circunstancias mencionadas en el punto 8.2. Se advierte la concurrencia de circunstancias que atenúan *–la diferencia de edades entre el imputado y la víctima y la mínima afectación psicológica en la menor agraviada*, en consecuencia, la pena deberá de fijarse dentro del tercio inferior del marco punitivo, esto es, entre los 02 días y los 11 años con 6 meses, en consecuencia teniendo en consideración las circunstancias antes mencionadas, y atendiendo al caso concreto, éste Colegiado considera prudente la imposición de **11 años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva.**

NOVENO.- Consecuencias civiles y Reparación civil.

Para imponer el pago de la reparación civil, se tiene en cuenta el daño provocado a la menor; asimismo, los traumas psicológicos generados, que pudieran dar lugar a estrés post traumático derivado de ultraje sexual; siendo pertinente señalar que no es posible cuantificar el daño físico, moral y psicológico, así como el proyecto de vida y el tratamiento al que será necesario someter a la agraviada, por lo que la reparación civil de cinco mil nuevos soles, de acuerdo al evento delictivo, resulta razonable y proporcionado; tanto más que dicho extremo no ha sido impugnado, por lo que dicho monto no puede ser modificado por esta Sala.

DECIMO.- Tratamiento terapéutico.

De conformidad con lo dispuesto artículo 178-A del Código Penal, Ruben Maccapa Maccapa debe ser sometido a tratamiento terapéutico, previo examen médico o psicológico para fines de su readaptación.

DECIMO PRIMERO.- Sobre el pago o no de costas del recurso de apelación.

El artículo 504, inciso 2° del Código Procesal Penal, prevé que, las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito. En el caso de autos, no obstante no disponerse la revocatoria de la condena impuesta en la sentencia recurrida, empero se atenuó la pena impuesta, por tanto, debe de exonerarse al apelante del pago de las costas en la tramitación del recurso de apelación.

DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, la Sala Penal de Apelaciones de San Román - Juliaca, integrada por los señores Jueces Superiores: Condori Ticona, Gálvez Condori y Ticona Ura; **por unanimidad,**

PRIMERO.- INAPLICARON el mínimo y el máximo de la pena conminada de treinta a treinta y cinco años de pena privativa de libertad prevista en el artículo 173°, primer párrafo, inciso 2), y la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal.

SEGUNDO.- DECLARARON fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado condenado Ruben Maccapa Maccapa.

TERCERO.- CONFIRMARON la sentencia N° 63-2015, pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de San Román-Juliaca, contenida en la resolución N° 23-2015, de fecha 21 de diciembre de 2015, que obra de folios 184-218 del cuaderno de debates, en el extremo que **FALLA: CONDENANDO** al acusado **RUBÉN MACCAPA MACCAPA**, cuyas generales de ley obran en la parte expositiva de la presente sentencia, como AUTOR de la comisión del DELITO CONTRA LA LIBERTAD en su modalidad de VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL y en su forma de **VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR ENTRE DIEZ AÑOS DE EDAD Y MENOS DE CATORCE AÑOS**, previsto por el artículo 173° primer párrafo numeral 2. del Código Penal vigente en la fecha de los hechos y en agravio de la adolescente identificada con las iniciales R. M. M. Ch.; por tanto, **DISPONEMOS la inmediata EJECUCIÓN PROVISIONAL** de la pena privativa de libertad impuesta en la presente sentencia al condenado Rubén Maccapa Maccapa, debiendo de girarse el **OFICIO** respectivo al Director del Establecimiento Penitenciario de Juliaca. **3.3. FIJANDO** por concepto de la REPARACIÓN CIVIL la suma de CINCO MIL SOLES (S/. 5 000.00), que deberá pagar el condenado Rubén Maccapa Maccapa a favor de la adolescente agraviada identificada con las iniciales R. M. M. Ch. **3.5. DISPONIENDO** que el condenado Rubén Maccapa Maccapa reciba terapia psicológica mediante los psicólogos del Establecimiento Penitenciario de Juliaca, con tal propósito se gire el oficio correspondiente.

CUARTO.- REVOCARON dicha sentencia en el extremo que impone a Ruben Maccapa Maccapa, treinta años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva; y, **REFORMANDOLA** le impusieron **once años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva**, el mismo que la cumplirá en el Establecimiento Penal de Juliaca o en la que determine la autoridad penitenciaria; haciendo presente que el inicio de la ejecución de la referida pena privativa, deberá computarse desde el día de su detención por parte de la autoridad policial que fue el pasado veintisiete de mayo de dos mil catorce (27-05-2014), consecuentemente vencerá el próximo veintiséis de mayo de dos mil veinticinco (26-05-2025).

QUINTO.- EXONERARON al apelante del pago de las costas en la tramitación del recurso de apelación por haber tenido éxito parcial el recurso de apelación que interpuso.

SEXTO.- DISPUSIERON la elevación en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso de que no se interponga recurso de casación.

S.S.

CONDORI TICONA

GALVEZ CONDORI

TICONA URA (D.D.)