

El principio de legalidad como "Rule of Law"

Sin subestimar la importancia del sentido liberal del principio de legalidad, es de considerar que su observancia, como mensaje comunicativo, no solo se circunscribe a la delimitación de lo prohibido y de lo permitido, y el de lo imponible o no imponible como consecuencia punitiva. La legalidad en la descripción de la infracción penal y su consecuencia es también un mecanismo reforzador de la observancia de la norma (*Rule of Law*). La delimitación normativa que hace el legislador tiene por objeto el prescribir cuál es el espacio de juego (*Der Spielraum*) dentro del cual los ciudadanos pueden desarrollar sus conductas en un Estado de Derecho; esto es, este principio impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho. Este sometimiento a las normas es una exigencia de la vida en una sociedad democrática se extiende no solo a la observancia de una conducta conforme a la norma, prohibitiva o imperativa, sino también al cumplimiento estricto de la conminación penal (fijada por el legislador), una vez realizado el juicio de tipicidad. Este marco punitivo abstracto es una advertencia a los ciudadanos de las consecuencias que deben sufrir si vulneran las normas prohibitivas o imperativas (subyacentes a los tipos penales). Fundamentalmente es un mandato que deben observar los órganos de persecución y juzgamiento, según el caso. Esto significa que una vez verificada la adecuación de la conducta imputada al tipo penal, la pena debe fijarse de acuerdo con las reglas de determinación judicial de la pena.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diez de julio de dos mil diecinueve

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la representante de la Segunda Fiscalía Superior Penal de Junín, contra la sentencia de vista (resolución número 1.1), del veinticinco de abril de dos mil dieciocho (foja 119), emitida por la Sala

Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Junín, en el extremo que revocó la sentencia (resolución número 6), del veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete (foja 60), emitida por el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que impuso la pena de cadena perpetua al encausado Jhan Carlos Yance Salazar; y reformándola le impusieron doce años de pena privativa de libertad, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual y actos contra el pudor, en agravio de la menor de iniciales P.A.P.G., con lo demás que al respecto contiene. Intervino como ponente el juez supremo Figueroa Navarro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso en etapa intermedia

1.1. La Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancayo formuló acusación fiscal (foja 1) en contra de Jhan Carlos Yance Salazar, por la comisión del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad (numeral 2, concordante con el segundo párrafo del artículo 173 del Código Penal) y actos contra el pudor de menor de edad (numeral 3, concordante con el segundo párrafo del artículo 176-A del Código Penal), en agravio de la menor de iniciales P. G. P. A., y solicitó la pena de cadena perpetua, así como el pago de la suma de S/ 10 000 (diez mil soles), por concepto de reparación civil, a favor de la parte agraviada.

Segundo. Itinerario en primera instancia

2.1. Mediante la sentencia de primera instancia (Resolución número 06) del veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete (foja 60), el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín condenó a Jhan Carlos Yance Salazar, como autor del delito

contra la libertad-violación sexual de menor de edad y actos contra el pudor de menor de edad, y le impuso la pena de cadena perpetua, así como el pago de S/ 10 000 (diez mil soles), por concepto de reparación civil, que deberá pagar el sentenciado a favor de la menor agraviada de iniciales P. A. P. G.

2.2. El encausado Yance Salazar interpuso recurso de apelación contra la sentencia, el cual se concedió mediante Resolución número 7, del cinco de enero de dos mil dieciocho (foja 97), elevándose a la Sala Penal de Apelaciones.

Tercero. Itinerario en segunda instancia

3.1. La Sala de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Junín emite la sentencia de vista (Resolución número 11) del veinticinco de abril de dos mil dieciocho (foja 119), que confirmó la sentencia de primera instancia del veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete (foja 60), en el extremo que encuentra responsable al encausado Yance Salazar como autor del delito de violación sexual de menor de edad y actos contra el pudor de menor de edad, en agravio de la menor agraviada de iniciales P. A. P. G.; revoca la sentencia, en el extremo que impuso la pena de cadena perpetua al encausado por los mismos delitos y agraviada; y, reformándola, le impuso al encausado Yance Salazar doce años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

3.2. Notificada la resolución emitida por la Sala Penal de Apelaciones, el encausado interpuso recurso de casación (foja 137) contra la sentencia de vista que, mediante Resolución número 12, del diez de mayo de dos mil dieciocho, fue concedido. Por su parte, la representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación (foja 148), admitido mediante Resolución número 13, del catorce de

mayo de dos mil dieciocho (foja 157), que dispuso elevarse los actuados a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

4.1. Elevado el expediente a esta Sala Suprema, se corrió traslado a las partes y se señaló fecha para calificación del recurso de casación, mediante decreto del veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho (foja 48 del cuaderno de casación). Así, mediante auto de calificación del veintiséis de octubre de dos mil dieciocho (foja 54 del cuaderno de casación), se declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el encausado Yance Salazar y bien concedido el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público.

4.2. Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, conforme al cargo de entrega de cédulas de notificación (fojas 62, 63 y 64 del cuaderno de casación), mediante decreto del veinte de mayo de dos mil diecinueve, se señaló el veintiséis de mayo de dos mil diecinueve como fecha para la audiencia de casación, la cual se instaló con la presencia del representante del Ministerio Público y la defensa pública del encausado Jhan Carlos Yance Salazar. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en tal virtud, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia pública se fijó en el día de la fecha, con las partes que asistan –en concordancia con el artículo 431, inciso 4, del Código Procesal Penal–, el diez de julio de dos mil diecinueve.

Quinto. Motivo casacional

Como se establece en el fundamento jurídico sexto del auto de calificación del recurso de casación, y de acuerdo con su parte resolutive, se admitió el recurso de casación, por la causal prevista en el artículo 429, numeral 1, del Código Procesal Penal ("Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías"). El objeto de la presente casación es determinar la posible vulneración del principio de legalidad de la pena conminada.

Sexto. Agravios expresados en el recurso de casación

Los fundamentos planteados por la señora fiscal de la Segunda Fiscalía Superior Penal de Junín, en su recurso de casación (foja 148) están vinculados a la causal por la que su recurso fue declarado bien concedido, esto es:

- 6.1. El Ministerio Público atribuyó responsabilidad penal porque existió un delito continuado en el caso del delito de tocamientos indebidos, así como la presencia de un concurso real con el delito de violación sexual de menor de edad, en su forma agravada. La pena que corresponde imponer, en este último caso, es la de cadena perpetua. Por tanto, la Fiscalía no encuentra justificación para imponer una pena distinta a la de cadena perpetua.
- 6.2. En la sentencia de vista que impuso doce años de pena privativa de libertad al encausado Jhan Carlos Yance Salazar, como autor del delito de violación sexual de menor de edad y actos contra el pudor en menor de edad, en agravio de la menor indentificada con las iniciales de P. A. P. G., se vulneró el principio de legalidad de la pena, por cuanto no se aplicó la pena tasada, prevista en el artículo 173, inciso 2, concordante con el segundo párrafo del mismo artículo, referido a la calidad del sujeto activo.

Séptimo. Hechos materia de imputación

De acuerdo con el requerimiento de acusación (foja 2 del cuaderno de debate), se atribuye al encausado Jhan Carlos Yance Salazar: **a)** realizar tocamientos indebidos en las partes íntimas (vagina) de la menor agraviada de iniciales P. G. P. A., de doce años de edad¹, en tres ocasiones, en abril de dos mil dieciséis: en la habitación de su hermana Mariluz Rocía (dos veces) y en el cuarto de la menor (una vez), en el domicilio de la menor, sito en el jirón Fénix manzana L, lote 07, Cooperativa Santa Isabel, jurisdicción de Huancayo; y **b)** tener acceso carnal, vía vaginal, con la menor de iniciales P. G. P. A., en mayo de dos mil dieciséis, en horas de la noche, en la habitación de su hermana Mariluz Rocía (dos veces) y en el cuarto de la menor (una vez); en el domicilio de la menor, sito en el jirón Fénix manzana L, lote 07, Cooperativa Santa Isabel, jurisdicción de Huancayo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. El principio de legalidad como salvaguarda del ciudadano

Octavo. El principio de legalidad está regulado amplia y expresamente tanto en el ordenamiento constitucional como en los instrumentos internacionales. En este sentido, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala lo siguiente:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

¹ Sin embargo, conforme se desprende del acta de nacimiento (foja 6 del cuaderno de expediente judicial de control de acusación) de la menor agraviada de iniciales P. G. P. A., ella nació el cuatro de diciembre de dos mil cuatro, es decir, al momento de los hechos, abril y mayo de dos mil dieciséis, la menor contaba con once años de edad.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

8.1. Por su parte, en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se precisa:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

8.2. Este principio es reconocido expresamente, en el artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución Política del Estado, con el siguiente texto: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

8.3. El Código Penal establece, en el artículo II del Título Preliminar, que: "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".

8.4. El reconocimiento de este principio fundamental para un Estado de Derecho ha sido igualmente ratificado y desarrollado en la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos² ha establecido que: "En un Estado de Derecho, el principio de legalidad preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando

² Sentencia del veinticinco de noviembre de dos mil cinco, fundamento jurídico centésimo octogésimo séptimo, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú.

viene al caso el ejercicio de su poder punitivo". El Estatuto de Roma, en sus artículos 22, 23 y 24, prescribe que:

Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. [...] Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. [...] Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

8.5. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente número 3644-2015-PHC/TC, fundamentos jurídicos octavo y noveno, sostuvo lo siguiente:

8. El principio de legalidad penal se configura también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones; en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. **9.** Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional, frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

II. El principio de legalidad como expresión del *Rule of Law*

Noveno. El sentido originario del reconocimiento del principio de legalidad, tal como ha sido establecido en la legislación y jurisprudencia, nacional e internacional, es el de ser una salvaguarda para el ciudadano.

9.1. Así, el principio de legalidad es una garantía política que tienen todas las personas con capacidad penal, para que no se les persiga ni sancione por conductas que no hayan sido descritas de manera clara, previa y taxativa en una ley formal. Desde la perspectiva de la sanción, la pena que corresponda imponer a quien ha sido declarado responsable de una infracción penal, no debe ser sino la fijada en las mismas condiciones. Este es el sentido histórico y liberal del principio de legalidad: los ciudadanos, en el ejercicio relativo de su libertad deben ser informados previa y claramente sobre qué comportamientos están prohibidos u ordenados y qué consecuencias punitivas han de afrontar en caso los realicen o los omitan, según corresponda.

9.2. Ahora bien, sin subestimar la importancia del sentido liberal del principio de legalidad, es de considerar otra perspectiva adicional de su vigencia, relacionada con su arista fundamentalmente procesal: la legalidad, como mensaje comunicativo, no solo se circunscribe a la delimitación de lo prohibido y de lo permitido, y de lo imponible o no imponible como consecuencia punitiva. La legalidad en la descripción de la infracción penal y su consecuencia es también un mecanismo reforzador de la observancia de la norma (*Rule of Law*). La delimitación normativa que hace el legislador tiene por objeto prescribir cuál es el espacio de juego (*Der Spielraum*) dentro del cual los ciudadanos pueden desarrollar sus conductas, en un Estado de Derecho; esto es, este

principio impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho³. Este sometimiento a las normas es una exigencia de la vida en una sociedad democrática. Se extiende no solo a la observancia de una conducta, conforme a la norma (prohibitiva o imperativa), sino también al cumplimiento estricto de la conminación penal (fijada por el legislador), una vez realizado el juicio de tipicidad. Este marco punitivo abstracto es una advertencia a los ciudadanos de las consecuencias que deben sufrir si vulneran las normas prohibitivas o imperativas (subyacentes a los tipos penales). Pero, fundamentalmente, es un mandato que deben observar los órganos de persecución y juzgamiento, según el caso. Esto significa que una vez verificada la adecuación de la conducta imputada al tipo penal, se debe fijar la pena, conforme a las reglas de determinación judicial de la pena.

III. Motivación de resoluciones judiciales

Décimo. La garantía de la motivación de las resoluciones judiciales ha sido materia de pronunciamiento en reiterada jurisprudencia. Implica que las decisiones judiciales estén justificadas de manera interna y externa; esto es, que lo que se decida como consecuencia del proceso esté sustentado en razones coherentes, objetivas y suficientes, explicitadas en la resolución⁴. Esta garantía se encuentra expresamente reconocida en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, según el cual es principio de la función jurisdiccional: "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".

³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Cuarta edición. Barcelona: Reppertor, S. L., 1996, p. 74.

⁴ Sentencia de Casación número 1382-2017, del diez de abril de dos mil diecinueve, fundamento octavo.

10.1. En el Acuerdo Plenario número 06-2011/CJ-116, los jueces supremos integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el fundamento jurídico undécimo, expresaron lo siguiente:

La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de la misma –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación, que permita conocer, aun de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión [sic].

10.2. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional estableció los siguientes supuestos de vulneración efectiva de la garantía de motivación de resoluciones judiciales:

a. **Inexistencia de motivación o motivación aparente**, cuando en la resolución judicial no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o solo se intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b. **Falta de motivación interna del razonamiento**, 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.

c. **Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas**, 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, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas.

d. **La motivación insuficiente**, mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la

decisión está debidamente motivada. Si bien, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante 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 incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco de debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de sentencia.

f. Motivaciones cualificadas. 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.

IV. Motivación en la determinación de la pena y legitimidad secundaria

Decimoprimer. La motivación, en sentido amplio, también comprende la fundamentación de la pena en el ámbito de la determinación de la pena, esto es, que la decisión adoptada se encuentre igualmente fundamentada. Solo de este modo la decisión punitiva adoptada podrá ser controlada tanto por las partes como por la propia comunidad. Este último aspecto es una garantía política en un Estado de Derecho y se relaciona con el derecho que tienen todos los ciudadanos, independientemente de su vinculación con el caso, a criticar las resoluciones judiciales. Su observancia estricta por los fiscales y jueces dota de legitimidad secundaria al sistema de justicia.

V. Delito continuado, concurso ideal y real de delitos

Decimosegundo. El artículo 49 del Código Penal regula el delito continuado, de la siguiente manera:

Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

En este sentido, desde un punto de vista normativo, la pluralidad de acciones desarrolladas por el mismo agente de manera sistemática y con la misma finalidad criminal se considera como una sola acción (unidad de acción).

Decimotercero. Por otro lado, el artículo 48 del Código Penal regula el concurso ideal en el siguiente sentido: "Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años". En este caso, se asume que el agente realiza una sola acción –en sentido normativo–, cuyos efectos se producen en más de un tipo penal.

Decimocuarto. En cuanto al concurso real de delitos, se encuentra establecido en el artículo 50 del Código Penal, con el siguiente texto:

"Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta". En este supuesto, a diferencia del anterior, el agente realiza varias acciones independientes –en sentido

normativo— que afectan a más de un bien jurídico —homogéneo o heterogéneo—.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimoquinto. En el presente caso, la señora fiscal de la Segunda Fiscalía Superior Penal de Junín interpuso recurso de casación en contra de la sentencia de vista, en el extremo que resolvió revocar la condena de cadena perpetua y, reformándola, le impuso al encausado Jhan Carlos Yance Salazar, doce años de pena privativa de libertad. La casacionista invocó la causal 1 del artículo 429 del Código Procesal Penal y cuestionó el *quantum* de la pena impuesta. Al respecto, corresponde evaluar si la sentencia de vista (Resolución número 11) del veinticinco de abril de dos mil dieciocho (foja 119) lesiona el sentido de los preceptos legales acotados. En concreto, se cuestiona la inobservancia del principio de legalidad de la pena conminada, en relación con los delitos contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad (artículo 173, numeral 2, concordante con el segundo párrafo del Código Penal) y actos contra el pudor de menor de edad (artículo 176-A, numeral 3, concordante con el segundo párrafo del Código Penal).

Decimosexto. En el fundamento jurídico decimoprimer de la sentencia de primera instancia (Resolución número 6) del veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete (foja 60), respecto a la determinación de la pena, se señaló lo siguiente:

En cuanto a la pena a imponer al acusado Jhan Carlos Yance Salazar [...] se tiene en cuenta que posee carencias sociales, debido a que el acusado tiene ocupaciones esporádicas. [...] el acusado cuenta con grado de instrucción secundaria, por lo cual se colige que tenía perfecto conocimiento que las conductas imputadas eran de carácter delictivo.

[...] El acusado a la fecha no ha reparado el daño ocasionado. [...] No se acreditó en autos que el acusado registre antecedentes penales. [...] El artículo 50 del Código Penal [...] si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente esta [...] en el caso de delitos que prevean la sanción de cadena perpetua, esta no podrá ser reducida a una pretensión punitiva menor ya que la cadena perpetua constituye una pena tasada, salvo que concurran circunstancias atenuantes privilegiadas, que faculten al juzgador a imponer una temporal. [...] En el presente caso, no se advierte la presencia de atenuante privilegiada alguna a favor del acusado, en consecuencia en estricto cumplimiento al principio de legalidad, corresponde imponerle al acusado Jhan Carlos Yance Salazar la pena de cadena perpetua, por la comisión de los delitos de violación sexual y actos contra el pudor en agravio de la menor de iniciales P.A.P.G.

Decimoséptimo. Por su parte, en la sentencia de vista (Resolución número 11) del veinticinco de abril de dos mil dieciocho (foja 119), fundamentos jurídicos 4.23, 4.24, 4.25, 4.28 y 4.30, se señaló que:

Se observa en la sentencia que al inculpado se le ha condenado por dos delitos diferentes, como son los actos contra el pudor y la violación sexual, no obstante, habría que señalar que estos tocamientos realizados sobre la menor en fechas anteriores a la relación sexual, si bien pueden constituir delitos independientes y de semejante naturaleza perpetrados además en momentos diversos, no obstante, estos actos ejecutivos responden a una misma resolución criminal, como que llevaban como propósito final el concretar la violación, y siendo así, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal y considerarse como delito continuado.

[...] A la pena de cadena perpetua impuesta al imputado, debe decirse en este extremo la sentencia no viene arreglada a ley, por cuanto resulta excesiva y desproporcional, pues si bien, nuestro código tiene reglada los criterios de determinación de la pena con los parámetros establecidos en el artículo 46 y en donde se establece tanto las atenuantes como agravantes genéricas, como las únicas variables, ha de tenerse en cuenta, no obstante, la misma Corte Suprema se ha desligado de estos criterios

atendiendo a otros factores y circunstancias, como también acudiendo al principio de proporcionalidad.

Esta prohibición en exceso guarda relación con el principio de humanidad de las penas [...] los artículos 45 y 46 del Código Penal [...].

El procesado no era sujeto de responsabilidad restringida al momento de la comisión del hecho, no puede dejar de considerarse que contaba con apenas 24 años de edad, y soportar un encierro tan extenso le negaría toda posibilidad de reinserción, lo cual contravendría la función de prevención especial que constitucionalmente se le reconoce a la pena, es así por ello, que el no respetar el principio de proporcionalidad significa atentar contra la dignidad de la persona. [...] estando a ello, este extremo de la sentencia que impone a la pena de cadena perpetua al procesado, debe ser reformado.

Decimoctavo. Esta afirmación de la sentencia de vista, por lo demás, es errada cuando señala que el hecho imputado constituye un delito continuado. Conforme a la acusación fiscal, descrita en el considerando séptimo de la presente ejecutoria suprema, los hechos imputados se configuran como un concurso real de delitos, pues el encausado Jhan Carlos Yance Salazar (de veinticuatro años de edad) en tres ocasiones –en abril de dos mil dieciséis–, realizó tocamientos indebidos en las partes íntimas (vagina) de la menor agraviada de iniciales P. G. P. A., cuando ella tenía la edad de once años –acta de nacimiento, foja 6 del cuaderno de expediente judicial de control de acusación–; y en el mes de mayo de ese mismo año, abusó sexualmente, vía vaginal, dos veces en la habitación de la hermana de la menor agraviada y dos veces en el cuarto de la menor.

Decimonoveno. Ahora bien, sin perjuicio de lo acotado es de mencionar lo siguiente:

a) Al momento de los hechos, el delito de acto contra pudor de menores de catorce años, concordante con el agravante del

segundo párrafo del artículo 176-A del Código Penal⁵ estaba conminado con la pena no menor de diez ni mayor de doce años.

b) Para el delito de violación sexual de menor de edad de catorce años⁶ se establecía una pena no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años. Si se configura la agravante del segundo párrafo del numeral 2, esto es, si el agente (el encausado) tenía un vínculo familiar con el sujeto pasivo (la víctima), que le diera particular autoridad sobre la víctima o deposite su confianza en él (era su cuñado, domiciliaba en la casa de su suegra, madre de la menor), la pena es de cadena perpetua.

Vigésimo. En el caso concreto, la pena que correspondía imponer, considerando solo el delito violación sexual de menor, agravado por el vínculo de confianza (artículo 173, numeral 2, con el agravante del segundo párrafo del Código Penal) era el de cadena perpetua. En ese sentido, lo decidido por el Colegiado Superior –al aplicar una pena de doce años, sin que

⁵ El artículo 1 de la Ley número 28704, publicada el cinco abril de dos mil seis, cuyo texto es el siguiente: Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.

⁶ Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley número 30076, publicada el diecinueve agosto de dos mil trece, 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.

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.

concurra una circunstancia atenuante privilegiada que así lo autorice— vulneró el principio de legalidad de la pena e incurrió en inobservancia de la garantía constitucional de carácter material —afectación al principio de legalidad—, prevista en el inciso 1 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

Vigesimoprimer. En atención a dicha normatividad y a los principios de celeridad y economía procesal, a efectos de no generar un retardo injustificado que vulnere el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, en el presente recurso de casación, cabe pronunciarse sobre la afectación al principio de legalidad. Al respecto, este Supremo Tribunal efectuará una nueva ponderación de la pena (dosificación de la pena) para el referido encausado, considerando como referencia la consecuencia jurídica vigente al momento de la comisión del delito.

Vigesimosegundo. Esta nueva ponderación de la pena considera que: "No se debe castigar en forma pasional, sino de forma reflexiva, bien para la mejora o aseguramiento del autor —en una línea preventivo especial— o para la mejora o aseguramiento de los otros —en una línea preventivo general—"⁷. En ese orden, nuestro sistema jurídico prevé, en el artículo IX del Título Preliminar, que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora —en concordancia con el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado—. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente número 0019-2005-PI/TC, del veintiuno de julio de dos mil cinco, fundamento treinta y ocho, señala que:

Las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos

⁷ Günter Jakobs. *Fundamento del sistema jurídico penal*. Lima: Ara editores, 2005, p. 15.

resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

Vigesimotercero. Asimismo, las exigencias que determinan la dosificación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que, además, se considera el principio de proporcionalidad (contemplado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal), límite al *ius puniendi*, que procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse; y, en rigor, deben cumplir los fines que persigue la pena –preventiva, protectora y resocializadora–, conforme lo prevé el artículo 5, numeral 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recogido en los numerales 21 y 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

Vigesimocuarto. Al respecto, se ha configurado concurso real de delitos homogéneo –entre los delitos de violación de menor de edad y actos contra el pudor de menor de edad–; en ese contexto, al momento de dosificar la pena, se considera que el encausado es un agente primario, pues carece de antecedentes penales, con grado de instrucción secundaria completa y, al momento de los hechos, contaba con veinticuatro años de edad (conforme a la ficha de Reniec, foja 14 del cuaderno de debate); la pena se incrementa en forma proporcional y racional al injusto cometido, atendiendo los fines intrínsecos que persigue la pena.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON FUNDADO** en parte el recurso de casación interpuesto por la representante de la Segunda Fiscalía Superior Penal de Junín, contra la sentencia de vista (Resolución número 11) del veinticinco de abril de dos mil dieciocho (foja 119).
- II. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista (Resolución número 11) del veinticinco de abril de dos mil dieciocho (foja 119), emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Junín, en el extremo que revocó la sentencia (resolución número 6), del veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete (foja 60), emitida por el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que impuso la pena de cadena perpetua al encausado Jhan Carlos Yance Salazar; y reformándola le impusieron doce años de pena privativa de libertad, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual y actos contra el pudor, en agravio de la menor de iniciales P.A.P.G., con lo demás que al respecto contiene; y, **ACTUANDO COMO SEDE DE INSTANCIA, REVOCARON** la sentencia (resolución número 6), del veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete (foja 60), emitida por el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, en el extremo que impuso la pena de cadena perpetua al encausado Jhan Carlos Yance Salazar, y; **REFORMÁNDOLA**, le impusieron treinta años de pena privativa de libertad, pena que, con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el dieciocho de mayo de dos mil diecisiete, vencerá el diecisiete de mayo de dos mil cuarenta y siete; como autor del

delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad (numeral 2, concordante con el segundo párrafo del artículo 173 del Código Penal) y actos contra el pudor de menor de edad (numeral 3, concordante con el segundo párrafo del artículo 176-A del Código Penal), en agravio de la menor agraviada identificada con las iniciales P. G. P. A.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas en esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.

IV. MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Suprema Corte. Hágase saber.

Intervinieron los señores jueces supremos Castañeda Espinoza y Pacheco Huancas, por los señores jueces supremos San Martín Castro y Chávez Mella, respectivamente.

S. S.

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

AMFN/lul

11.7 JUL 2019.

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY

PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA