

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 691-2021/PIURA PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Medición de la Pena. Artículos 45, 45-Ay 46 del Código Penal

Sumilla. 1. Cuando se trata de una pena tasada como la cadena perpetua –las más grave del sistema penal–, de cuya constitucionalidad no cabe duda y así lo ha consagrado el Tribunal Constitucional en las sentencias 0010-2002-AI/TC y 003-2005-AI/TC, salvo situaciones excepcionales, tales como las causales de disminución de la punibilidad y las circunstancias atenuantes privilegiadas (aun inexistentes en nuestra legislación penal). En el presente caso, se ha resaltado que el imputado carece de antecedentes, tiene veintitrés años de edad y ha formado una familia, y paralelo a ello la agraviada es una niña de solo nueve años y con un retardo mental leve, a quien el imputado le hizo sufrir el acto sexual anal pese a ser su prima hermana. Los datos referidos al imputado, ninguno de ellos, autoriza legalmente a imponer una pena por debajo del mínimo legal. En cuanto a la edad, la disminución por debajo del mínimo legal, solo es posible cuando el autor cometió el delito entre los dieciocho y un día y menos de veintiún años de edad, según el artículo 22 del Código Penal (es una causal de disminución de punibilidad, propiamente una exención imperfecta de responsabilidad penal). 2. En materia de determinación o individualización de la pena el artículo 45-A del Código Penal precisa que debe hacerse dentro de los límites fijados por la ley y, en este marco punitivo, el juez debe atender a la culpabilidad o responsabilidad y a la gravedad del hecho punible cometido. Con tal propósito dicho artículo fija pautas específicas, divididas en etapas, para hacerlo, siempre que se trate de circunstancias genéricas (sistema de tercios), identificadas en el artículo 46 del mismo código. 3. La legalidad penal es determinante en este caso, la cual incluso incorpora los principios de proporcionalidad y culpabilidad. El marco penal abstracto lo fija el legislador y está incorporado en la parte especial del Código Penal; y, dentro de las pautas flexibles de ese marco abstracto, corresponde al juez, siguiendo las reglas y criterios también definidos legalmente en la parte general del Código Penal, concretar la pena al delincuente. Para ello tendrá en consideración, en clave de fundamentación, los elementos fijados en el artículo 45 del Código Penal (las carencias sociales del agente, abuso de posición o de poder, su cultura y sus costumbres, y los intereses de la víctima y en especial su situación de vulnerabilidad); y, como reglas precisas, la responsabilidad o culpabilidad y la gravedad del hecho punible cometido, siempre respetuosas de los límites fijados por la ley.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintisiete de febrero de dos mil veintitrés

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación, por la causal de **infracción de precepto material**, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE PIURA contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta, de quince de diciembre de dos mil veinte, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y tres, de diez de septiembre de dos mil veinte, condenó Cristhian Manny Chumacero Córdova como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de K.I.N.C. a veinte años de pena privativa de libertad y tratamiento

terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor Fiscal provincial por requerimiento fojas noventa y uno, del cuaderno formado en este Sala Suprema, de veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete, formuló acusación contra CRISTHIAN MANNY CHUMACERO CÓRDOVA como autor del delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173, inciso 2, del Código Penal, en agravio de K.I.N.C. Solicitó se le imponga cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como pague la suma de diez mil soles por concepto de reparación civil.

SEGUNDO. Que el procedimiento se desarrolló como a continuación se detalla:

1. Adelantada y culminada la investigación preparatoria, el señor Fiscal provincial formuló la referida acusación. Llevada a cabo la audiencia preliminar de control de acusación de fojas ciento once, de veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho, se dictó el auto de enjuiciamiento respectivo, así como el auto de citación a juicio oral de fojas tres, de veintiocho de agosto de dos mil diecinueve.
2. Tras la realización del juicio oral, privado y contradictorio, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Piura dictó la sentencia de primera instancia de fojas ciento sesenta y siete, de diez de septiembre de dos mil veinte, que condenó a CRISTHIAN MANNY CHUMACERO CÓRDOVA como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de K.I.N.C. a treinta años de pena privativa de la libertad efectiva y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil.
3. Los hechos declarados probados consisten en que en el año dos mil catorce, un día sábado o domingo, cuando la agraviada K.I.N.C., de nueve años de edad, quien padece de retardo mental leve, se encontraba en la casa de su tía Flor Córdova Saavedra, ubicada en el Asentamiento Humano Inmaculada Concepción, en Piura, el encausado y primo suyo CRISTHIAN MANNY CHUMACERO CÓRDOVA, hijo de la dueña de casa, aprovechó que se encontraban solos para bajarle su pantalón y ropa interior, así como hacerle sufrir el acto sexual anal. Este acceso carnal ocurrió en dos oportunidades.
4. Para los efectos de la pena a imponerse el Juzgado Penal estimó que el delito cometido está sancionado con la pena de cadena perpetua, pero como el imputado carece de antecedentes, solo tiene veintitrés años de edad, la pena pretende una finalidad preventiva y procura la reinserción del penado a la sociedad y es de aplicación el principio de humanidad de las penas, corresponde imponerse treinta años de pena privativa de libertad.
5. La sentencia de primera instancia fue apelada por el encausado CHUMACERO CÓRDOVA por escrito de fojas sesenta y ocho, de once de febrero de dos mil veintiuno. Instó la nulidad y alternativamente la revocatoria de la sentencia.

Alegó esencialmente insuficiencia probatoria, así como motivación aparente de la condena.

6. Concedido el recurso de apelación, declarado bien concedido el recurso y cumplido el procedimiento impugnatorio, el Tribunal Superior, por mayoría, mediante sentencia de vista de fojas de fojas ciento sesenta siete, de quince de diciembre de dos mil veinte, **confirmó** la declaración de culpabilidad, la medida de tratamiento terapéutico y la reparación civil, pero **modificó** la pena privativa de libertad y la redujo a veinte años. Cabe precisar que, en la audiencia de apelación, conforme acta de fojas ciento veinticinco, de uno de diciembre de dos mil veinte, el fiscal solicitó se confirme la sentencia en todas sus partes.
7. El Tribunal Superior, respecto de la pena, consideró que:
 - A. Nuestro ordenamiento jurídico penal, en cuanto a los fines de la pena, prevé en el artículo IX del Título Preliminar que ésta tiene función preventiva, protectora y resocializadora, en concordancia con el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución. La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente 0019-2005-PI/TC, de veintiuno de julio de dos mil cinco, precisó: *“Las teorías preventivas, tanto la especial como la general gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto según se verá, sus objetivos 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”*. Por ello, para determinar e individualizar la pena –establecer su quantum– se ha tener en cuenta los diversos criterios y parámetros que establece la norma sustantiva en los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, incorporados por la Ley 30076, sin dejar de lado los límites fijados por el tipo penal perpetrado en atención al principio de legalidad de la pena, en concordancia con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad en tanto corresponda.
 - B. En cuanto a la pena impuesta, si bien ha sido reducida de forma prudencial por el Juzgado Penal Colegiado, debe de tenerse en cuenta que se está frente a un agente primario, carente de antecedentes penales y judiciales, con secundaria completa, padre de familia con dos hijos menores de edad, que al momento de los hechos contaba con veintitrés años de edad y actualmente tiene treinta años; es decir, es un joven padre de familia; que la pena por estos delitos no tienen o gozan de beneficios penitenciarios, así como el principio de proporcionalidad de la misma contenido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal. Pero, sobre todo, es de afirmar el principio de humanidad de la pena y que nuestra Constitución consagra a la persona humana y su dignidad como fin supremo de sociedad. Por todo ello, le rebajó la pena a veinte años de privación de la libertad.

8. Contra la sentencia de vista el encausado CHUMACERO CÓRDOVA y el FISCAL SUPERIOR DE PIURA interpusieron recurso de casación.

TERCERO. Que el señor FISCAL SUPERIOR en su escrito de recurso de casación de fojas doscientos veintiocho, de cinco de enero de dos mil veintiuno, invocó como motivos de casación inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 4, del Código Procesal Penal). Argumentó que la pena que correspondía es la cadena perpetua; que se interpretó erróneamente los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal.

∞ El encausado CHUMACERO CÓRDOVA en su escrito de recurso de casación de fojas doscientos cincuenta y nueve, de doce de enero de dos mil veintiuno, expuso como motivos de casación vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 4 y 5, del Código Procesal Penal). Alegó que la declaración de la víctima no tiene corroboración, es incoherente y no es veraz; que el fiscal no estuvo presente en su declaración.

CUARTO. Que, cumplido el trámite de traslado a las partes, mediante Ejecutoria Suprema de fojas ciento veinte del cuaderno de casación, de veintitrés de septiembre de dos mil veintidós, declaró inadmisble el recurso de casación del imputado CHUMACERO CÓRDOVA, y bien concedido el recurso acusatorio de la FISCALÍA SUPERIOR, en orden a la legalidad de la pena impuesta por el Tribunal Superior y conforme a la causal de infracción de precepto material.

QUINTO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada la fecha para la audiencia de casación el día veinte de febrero del año en curso por decreto de fojas ciento veinticinco, ésta se realizó con la intervención de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Gianina Rosa Tapia Vivas, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

∞ La Fiscalía Suprema de Familia presentó su requerimiento escrito con fecha diez de enero de dos mil veintitrés, por el que pidió se case la sentencia de vista.

SEXTO. Que, clausurado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia privada de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde la causal infracción de precepto material, estriba en determinar si la pena privativa de libertad impuesta al encausado CRISTHIAN MANNY CHUMACERO CÓRDOVA se acomoda al principio de legalidad de las penas y a los criterios legales de determinación de

la misma, sin perjuicio de su concordancia con los principios de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas.

SEGUNDO. Que no está en discusión ni forma parte del objeto del recurso de casación la declaración de culpabilidad y la subsunción de los hechos cometidos en el artículo 173, inciso 1, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece. El acceso carnal, anal en este caso, a una niña de nueve años de edad está conminado con la pena tasada de cadena perpetua.

∞ No obstante esta conminación punitiva (cadena perpetua) el Juzgado Penal impuso al encausado Chumacero Córdova treinta años de privación de libertad y el Tribunal Superior disminuyó aun más esa pena pues le impuso veinte años de privación de libertad. De uno u otro modo, se hizo mención a la finalidad preventiva especial de la pena, al principio de humanidad de la pena y a los principios de culpabilidad y proporcionalidad para imponer una pena distinta a la legalmente prevista.

TERCERO. Que, en cuanto a las penas, la Constitución tiene dos preceptos precisos: **(i)** el artículo 2, apartado 24, literal 'd', que prescribe que nadie será sancionado con una pena no prevista en la ley (principio de legalidad de las penas); y, **(ii)** el artículo 139, apartado 22, que reconoce como derecho de los internos que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (ejecución penal orientada por el principio preventivo especial) –éste es un mandato dirigido al legislador parlamentario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad, pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad [STCE 150/1991, de 4 de julio de 1991]–.

∞ El Código Penal, a su vez, prevé: **(i)** artículo II del Título Preliminar, que dispone que nadie será sometido a pena no establecida en la ley; **(ii)** artículo VIII del Título Preliminar, que estatuye que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, la cual, según el artículo IX del Título Preliminar, tiene función preventiva, protectora y resocializadora –que en sí mismos suministran criterios de limitación del *ius puniendi*–; **(iii)** artículos 45, 45-A y 46, que fijan los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, los criterios de individualización de la pena y las pautas de su imposición en atención a circunstancias de atenuación y de agravación; y, **(iv)** artículos 46-A a 51 que reconocen varias circunstancias agravantes cualificadas y las reglas en materia de concurso de delitos y de leyes penales.

CUARTO. Que es patente que cuando se trata de una pena tasada como la cadena perpetua –las más grave del sistema penal–, de cuya constitucionalidad no cabe duda y así lo ha consagrado el Tribunal Constitucional en las sentencias 0010-2002-AI/TC, de tres de enero de dos mil tres, y 003-2005-AI/TC, de nueve de agosto de dos mil seis, salvo situaciones excepcionalísimas, tales como las

causales de disminución de la punibilidad y las circunstancias atenuantes privilegiadas (aun inexistentes en nuestra legislación penal), no es posible dejar de imponerla. En el presente caso, se ha resaltado que el imputado carece de antecedentes, tiene veintitrés años de edad y ha formado una familia, y paralelo a ello la agraviada es una niña de solo nueve años y con un retardo mental leve, a quien el imputado le hizo sufrir el acto sexual anal pese a ser su prima hermana. Los datos referidos al imputado, ninguno de ellos, autoriza legalmente a imponer una pena por debajo del mínimo legal. En cuanto a la edad, la disminución por debajo del mínimo legal, solo es posible cuando el autor cometió el delito entre los dieciocho y un día y menos de veintiún años de edad, según el artículo 22 del Código Penal (es una causal de disminución de punibilidad, propiamente una exención imperfecta de responsabilidad penal).

QUINTO. Que en materia de determinación o individualización de la pena el artículo 45-A del Código Penal precisa que debe hacerse dentro de los límites fijados por la ley y, en este marco punitivo, el juez debe atender a la culpabilidad o responsabilidad y a la gravedad del hecho punible cometido. Con tal propósito dicho artículo fija pautas específicas, divididas en etapas, para hacerlo, siempre que se trate de circunstancias genéricas (sistema de tercios) identificadas en el artículo 46 del mismo Código.

∞ La legalidad penal es determinante en este caso, la cual incluso incorpora los principios de proporcionalidad y culpabilidad. El marco penal abstracto lo fija el legislador y está incorporado en la parte especial del Código Penal; y, dentro de las pautas flexibles de ese marco abstracto, corresponde al juez, siguiendo las reglas y criterios también definidos legalmente en la parte general del Código Penal, concretar la pena al delincuente. Para ello tendrá en consideración, en clave de fundamentación, los elementos fijados en el artículo 45 del Código Penal (las carencias sociales del agente, abuso de posición o de poder, su cultura y sus costumbres, y los intereses de la víctima y en especial su situación de vulnerabilidad); y, como reglas precisas, la responsabilidad o culpabilidad y la gravedad del hecho punible cometido, siempre respetuosas de los límites fijados por la ley.

∞ Como ya se expuso, ninguno de estos criterios, legalmente impuestos, autoriza al juez a imponer, en el caso concreto, una pena distinta o menos grave que la de cadena perpetua. Recuérdese la intrínseca gravedad de una violación sexual a una niña de solo nueve años de edad, incluso que sufre retardo mental leve y es prima del encausado. La ley no reconoce, dentro de los datos resaltados por las sentencias de mérito, posibilidad alguna para imponer una pena menos grave que la fijada en el tipo delictivo perpetrado.

∞ Sin embargo, como el Ministerio Público, que había pedido la pena de cadena perpetua, no impugnó en apelación la pena de treinta años de privación de libertad, es obvio que el recurso acusatorio del Fiscal Superior tiene ese límite de pena. No se puede imponer una pena superior a la fijada en primera instancia, en virtud del principio de interdicción de la reforma peyorativa.

SEXTO. Que es de recordar que el principio de culpabilidad tiene como fundamento el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona, base, además, del principio de humanidad de las penas. El principio de culpabilidad –que incorpora los principios de personalidad de las penas, de responsabilidad por el hecho, de dolo o culpa y de atribuibilidad normal– excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma (función limitadora). Desde la perspectiva de la individualización de la pena –en el que el rol del juez es actualizar la pena abstracta fijada por el legislador en función a las reglas dosimétricas fijadas en el Código Penal (STSE 555/2003, de 14 de abril)– ésta debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad –es requisito de aceptación social y de aplicación funcional–, y las necesidades de prevención no pueden justificar una pena que supere en gravedad a la de la culpabilidad. En clave de proporcionalidad (que no es un canon constitucional autónomo, sino que opera en relación con los diversos preceptos de la Constitución: STCE 161–1997, de 2 de octubre de 1997, FJ 8º), debe atenderse a la nocividad social del hecho –del ataque al bien jurídico–, a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a los que asignan determinadas penas. La individualización es un proceso tendente a tomar la pena abstracta y mediante sucesivas concreciones, según las normas ya citadas, adaptarla a las necesidades preventivas suscitadas para el caso en cuestión [vid.: BACIGALUPO, ENRIQUE: *Principios de Derecho Penal Parte General*, Editorial Akal/Iure, 5ta. Edición 1998, Madrid, pp. 108-110. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal Parte General*, 3ra. Edición, Ediciones PPU, Barcelona, 1990, pp. 105-112. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho Penal Parte General*, 4ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 101-103. MAPELLI CAFFARENA, BORJA / TERRADILLOS BASOCO, JUAN: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ra. Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 45, 51, 52].

∞ El conjunto de estos lineamientos, aplicados al caso concreto, en modo alguno permite sostener que la pena impuesta por el órgano jurisdiccional vulneró los principios citados, avalados en su aplicación por el principio de legalidad. El hecho cometido culpablemente (dolosamente) es particularmente grave. Su nocividad social es patente. Los datos añadidos para disminuir la pena no son de recibo ni se acomodan a los principios antes indicados. Los subprincipios de adecuación (la pena debe ser adecuada a fin, esto es, conminada en función a perspectivas preventivas), necesidad (intervención mínima adecuada a la necesidad de tutela) y estricta proporcionalidad (juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal: exclusión de las “penas desorbitadas”) [COBO DEL ROSAL, MANUEL / VIVES ANTÓN, TOMÁS: *Derecho Penal Parte General*, 5ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 84-90] no determinan ni justifican la pena impuesta por el Tribunal Superior. No existen bases sólidas que permitan sostener, en este caso, que la resocialización del penado es imposible basándose en la larga duración de la pena impuesta.



∞ Por lo expuesto, debe ampararse el recurso de casación de la Fiscalía. Se interpretó y aplicó erróneamente las reglas sobre determinación e individualización de la pena. Como se trata de un aspecto de Derecho penal material, la sentencia debe ser rescindente y rescisoria, no es necesario un nuevo debate (ex artículo 433, apartado 1, del CPP).

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación, por la causal de **infracción de precepto material**, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE PIURA contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta, de quince de diciembre de dos mil veinte, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y tres, de diez de septiembre de dos mil veinte, condenó CRISTHIAN MANNY CHUMACERO CÓRDOVA como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de K.I.N.C. a veinte años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista en cuanto a la pena privativa de libertad impuesta. **II. Y** actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia en la parte que impuso treinta años de pena privativa de libertad al acusado CRISTHIAN MANNY CHUMACERO CÓRDOVA; con lo demás que contiene y es materia del recurso. **III. ORDENARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior y se continúe con la ejecución procesal de la sentencia condenatoria; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se lea la sentencia en audiencia privada, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/YLPR