

Sumilla: El derecho a la pluralidad de instancia forma parte del debido proceso y goza de reconocimiento normativo, en sede nacional e internacional. Así, por un lado, la Constitución Política del Estado, en el artículo 139°, numeral 6, reconoce a la pluralidad de instancia como un principio de la función jurisdiccional. Y, por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8°, numeral 2, literal "h", ha previsto, de modo general, que toda persona tiene el "(...) Derecho de recurrir (...) el fallo ante Juez o Tribunal Superior (...)".

Lima, veintiséis de enero de dos mil diecisiete.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por **JULIO MENDOZA SANDOVAL**, contra la resolución número cuarenta y cinco de fecha veintitrés de julio de dos mil quince, obrante a fojas setecientos cincuenta y nueve, que declaró improcedente la solicitud de adecuación del tipo penal y sustitución de pena impuesta solicitado por el recurrente quien se encuentra condenado como autor del delito Contra la Libertad Sexual, Violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales V.L.M.R.; con lo demás que contiene. De conformidad con el Dictamen del Fiscal Supremo en lo Penal. Interviniendo como ponente, el señor Juez Supremo Figueroa Navarro; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

1.1. La defensa del sentenciado, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas setecientos ochenta y seis, sostiene que: **i)** La resolución impugnada, en el tercer considerando, señala que los hechos habrían sucedido el catorce de junio de mil novecientos noventa y ocho, cuando la menor agraviada contaba con doce años de edad; **ii)** En lo actuado en la etapa de instrucción y juicio oral existen dos versiones de la menor en cuanto a la edad que tenía al momento que ocurrieron los hechos; **iii)** En la sentencia recaída en su contra, sí se valoró las contradicciones de la menor agraviada,

sentenciándolo en virtud al artículo 173° inciso 3 del Código Penal, el cual indica que la víctima sea menor de dieciocho años y mayor de catorce, por lo que en ese sentido, es aplicable lo establecido en el Acuerdo Plenario número 1-2012/CJ-116.

SEGUNDO: FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

2.1. La resolución emitida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Sullana de fecha veintitrés de julio de dos mil quince obrante a fojas setecientos cincuenta y nueve, se fundamenta básicamente en lo siguiente:

i) Mediante sentencia recaída en autos, se condenó a Julio Mendoza Sandoval, como autor del delito contra la libertad, violación de la libertad sexual, tipificado en el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, en agravio de su menor hija de iniciales V.L.M.R. a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de cinco mil soles de reparación civil; **ii)** En cuanto a la adecuación del tipo penal, este pedido debió plantearse en forma oportuna; esto es en la fase de instrucción, juicio oral o antes de la emisión de la sentencia, no siendo posible que en la fase de ejecución de sentencia se varíe el tipo penal al sentenciado, pues ésta determinación tiene la calidad de cosa juzgada; **iii)** En cuanto a la sustitución de pena, se precisa que se encuentra corroborado que la menor al momento de los hechos – catorce de junio de mil novecientos noventa y ocho –, contaba con doce años, ocho meses y tres días de edad; **iv)** El recurrente ha sido condenado por el tipo penal previsto en el artículo 173° inciso 3) del Código Penal pero con la agravante contemplada en la parte *in fine* de dicho artículo, conforme se precisa en el fundamento décimo tercero de la precitada sentencia; **v)** La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente número 0008-2012-PI/TC no ha modificado el artículo 1° del Decreto Legislativo 896 (vigente al momento de la comisión de los hechos), así como tampoco el artículo 1° de la Ley 27507 (vigente a la expedición de la sentencia), sino, declaró la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley 28704 de fecha cinco de abril de dos mil cuatro; **vi)** La declaración de inconstitucionalidad no fue por el delito contra la libertad sexual de personas

mayores a catorce años y menores de dieciocho años; así como además no se resolvió en dicho proceso de inconstitucionalidad respecto al vínculo por consanguinidad entre el agente y la víctima; **vii)** El Acuerdo Plenario 01-2012/CJ-116 no desarrolla la agravante por la cual fue sentenciado el recurrente.

TERCERO: FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. En principio, cabe señalar que el derecho a la pluralidad de instancia forma parte del debido proceso y goza de reconocimiento normativo, en sede nacional e internacional. Así, por un lado, la Constitución Política del Estado, en el artículo 139°, numeral 6, reconoce a la pluralidad de instancia como un principio de la función jurisdiccional. Y, por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8°, numeral 2, literal "h", ha previsto, de modo general, que toda persona tiene el "(...) *Derecho de recurrir (...) el fallo ante Juez o Tribunal Superior (...)*".

3.2. Sin embargo, como todo derecho fundamental, la pluralidad de instancia no es absoluta, sino que está sujeta a limitaciones legales. Así, lo expuesto se ajusta a lo establecido por el Tribunal Constitucional [1], en cuanto a que el derecho a interponer recursos es un derecho de configuración legal; esto es, que corresponde al propio legislador determinar en qué casos cabe la impugnación. De modo tal, que sólo corresponde promover un recurso contra las resoluciones indicadas de manera expresa en la ley, y bajo las condiciones debidamente señaladas.

3.3. Delimitado lo anterior, es de puntualizar que constituye un presupuesto procesal objetivo, relativo al recurso nulidad, que condiciona su admisibilidad, lo concerniente a las resoluciones recurribles vía este medio impugnatorio. En ese sentido, el artículo 292° del Código de Procedimientos Penales señala en qué casos procede este recurso; siendo que el literal d)

[1] STC número 01243 – 2008 – PHC/TC, de fecha uno de setiembre de dos mil ocho. Fundamento Jurídico Tercero.

de dicho artículo precisa que procederá el recurso de nulidad contra los autos emitidos por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, se pronuncien sobre la sustitución de la pena por retroactividad benigna, supuesto que es el caso que nos ocupa.

3.4. Así, tenemos que el objeto del presente recurso de nulidad, versa sobre el rechazo al pedido de adecuación del tipo penal y sustitución de pena en aplicación del acuerdo plenario 1-2012/CJ-116 (fundamento quinto) y de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 0008-2012-TC, efectuada por resolución número cuarenta y cinco de fecha veintitrés de julio de dos mil quince obrante a fojas setecientos cincuenta y nueve; sosteniendo además que la menor agraviada tenía al momento de la comisión de los hechos catorce años de edad.

3.5. Acotado lo anterior y de la revisión del presente proceso, se tiene que el recurrente fue condenado como autor del delito Violación de la Libertad Sexual, en la modalidad de Violación Sexual de menor de catorce años de edad, en agravio de su menor hija de iniciales V.L.M.R., imponiéndosele treinta años de pena privativa de la libertad y el pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil, conducta encuadrada en el artículo 173°, inciso tercero, con la circunstancia agravante de parentesco prevista en el último párrafo del citado artículo, tal como se aprecia del considerando décimo tercero de la sentencia obrante a fojas cuatrocientos cincuenta y uno.

3.6. En tal sentido, de acuerdo al recurso materia de análisis, lo que pretende en puridad el impugnante es que se le adecúe el tipo penal y sustituya la pena en aplicación del Acuerdo Plenario 1-2012/CJ-116 y de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 0008-2012-TC. Al respecto, cabe precisar que conforme bien lo ha señalado el Tribunal Superior, tanto el Acuerdo Plenario como la Sentencia del Tribunal Constitucional se refieren al artículo 173° inciso 3) modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05



abril 2006, que prescribía "*Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años*"; el cual fue considerado por un lado, vacío de contenido sustancial (Acuerdo Plenario) y por otro, declarado inconstitucional (Sentencia TC). Así, se desprende que el objeto de análisis no ha sido el último párrafo del artículo 173° por el cual el recurrente fue condenado dado su grado de parentesco con la menor agraviada (padre-hija); por tanto no resulta válido solicitar sustitución de pena y mucho menos adecuación del tipo penal, tanto más si el inciso tercero ha sido declarado inconstitucional y la menor agraviada contaba con menos de catorce años de edad.

3.7. En efecto, como ha quedado expresado en la sentencia recaída en autos, los hechos ocurrieron entre los años mil novecientos noventa y nueve y dos mil, habiéndose aplicado correctamente la Ley que se encontraba vigente, pues la citada menor contaba con menos de catorce años conforme se llegó a acreditar con la Partida de Nacimiento que corre a fojas doce, siendo este el único instrumento válido para poder probar la edad de la menor y no la declaración o entrevista que pudo haber prestado la víctima como lo pretende sostener el recurrente; consecuentemente, es de advertirse que los fundamentos del impugnante no tienen contenido legal, por tal motivo el tipo penal y la pena impuesta al citado encausado se encuentra arreglada a ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la resolución número cuarenta y cinco de fecha veintitrés de julio de dos mil quince, obrante a fojas setecientos cincuenta y nueve, que declaró improcedente la solicitud de adecuación del tipo penal y sustitución de pena impuesta solicitado por **JULIO MENDOZA SANDOVAL** quien se encuentra condenado como autor del delito Contra la Libertad Sexual, Violación Sexual de menor de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2758 – 2015
SULLANA

edad, en agravio de su hija de iniciales V.L.M.R.; y los devolvieron. Interviene la señora Jueza Suprema Chávez Mella por vacaciones del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

S. S.

VILLA STEIN

NEYRA FLORES

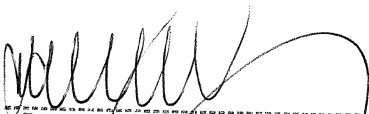
SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CHÁVEZ MELLA

FN/Ulc

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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

10 ABR 2017