



**UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**EVALUACIÓN DE TÉCNICAS JURÍDICAS APLICADAS EN LA
SENTENCIA DE CASACIÓN N°308-2018/MOQUEGUA, DE LA
SALA PENAL PERMANENTE, DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA -AYACUCHO, 2019.**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO
EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y
PROCESAL PENAL**

AUTORA

JENNY JUANA BARRAZA TORRES

ORCID: 0000-0002-0834-4663

ASESOR

Dr. BLADIMIRO RIVEROS CARPIO

ORCID: 0000-0003-3848-7101

AYACUCHO – PERÚ

2019

1. Título de la tesis.

Evaluación de Técnicas Jurídicas Aplicadas en la Sentencia de Casación N°308-2018/Moquegua, de la Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema de Justicia de la República -Ayacucho, 2019.

2. EQUIPO DE TRABAJO.

AUTORA

Barraza Torres, Jenny Juana

ORCID: 0000-0002-0834-4663

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Estudiante de Posgrado,
Ayacucho, Perú

ASESOR

Dr. Riveros Carpio, Bladimiro

ORCID: 0000-0003-3848-7101

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Facultad de Derecho y
Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho,
Ayacucho, Perú

JURADOS

Dr. Dueñas Vallejo, Arturo

ORCID: 0000-0002-3016-8467

Mgtr. Cárdenas Mendivil, Raul

ORCID: 0000-0002-4559-1989

Mgtr. Arotoma Ore, Raul

ORCID: 0000-0002-3488-9296

3. Hoja de firma del jurado y asesor.

.....

Dr. Arturo Dueñas Vallejo
ORCID: 0000-0002-3016-8467
Presidente

.....

Mgtr. Raul Cardenas Mendivil
ORCID: 0000-0002-4559-1989
Secretario

.....

Mgtr. Raul Arotoma Ore
ORCID: 0000-0002-3488-9296
Miembro

.....

Dr. Bladimiro Riveros Carpio
ORCID: 0000-0003-3848-7101
Asesor

4. Dedicatoria.

A mi Madre:

Doña Mery Paulina Torres Gamboa, por haber inculcado en mi la elección de esta hermosa profesión, gracias a sus consejos he podido lograr mi superación profesional.

A mi Padre:

Don Walter Dimas Barraza De La Rosa, por enseñarme a caminar con la frente en alto, con dignidad y respeto a los demás, forjando en mi valores y principios como buena profesional.

A mi hijo:

Filio Jesus Dimas Mejia Barraza por su comprensión y apoyo en mis horas de estudios, su amor incondicional de hijo y estar conmigo en todos mis momentos de éxito profesional.

A mis hermanos:

Carlos, Cinthya y Pilar Barraza Torres su amor incondicional, por estar conmigo en todos mis momentos de realización profesional.

Jenny Juana Barraza Torres

Agradecimiento

A Dios:

Por la gracia de Dios y del don de la vida, estar siempre presente en mi camino a fin de forjar mi profesion con dignidad.

A la ULADECH Católica:

Por la oportunidad de lograr mi realizacion profesional y prepararnos para el futuro dentro de su mision y vision, aportar al desarrollo de nuestro país.

A mis profesores:

Por compartir sus conocimientos y experiencias como profesionales del Derecho.

Jenny Juana Barraza Torres

5. Resumen

La presente investigación tiene como objetivo general la evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en la sentencia de casación N°308-2018/Moquegua, de la Sala Penal permanente, de la Corte Suprema de Justicia de la Republica -Ayacucho, 2019.

El tipo de investigación jurídica desarrollada fue cuantitativo, cualitativo, nivel exploratorio descriptivo, asimismo, el diseño retrospectivo y transversal.

La fuente de información utilizada es un expediente judicial que contiene un proceso concluido, seleccionado según el muestreo no probabilístico bajo la técnica por conveniencia; los datos han sido recolectados utilizando las técnicas de la observación y el análisis de contenido y como instrumento una lista de cotejo, elaborado en función de la estructura de la sentencia.

Los resultados están organizados en tablas, donde se presentan las evidencias empíricas halladas en las sentencias en estudio; los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, establecidos para calificar la calidad de la parte expositiva, considerativa y resolutive de cada sentencia, y el procedimiento previsto para determinar la calidad, donde el cumplimiento e incumplimiento de los parámetros han sido calificados asignándoles un valor numérico correspondiente.

Palabras clave: calidad, delito contra la libertad sexual, motivación y sentencia

6. Abstract

The present investigation has as a general objective the evaluation of legal techniques applied in the judgment of Cassation No. 308-2018 / Moquegua, of the Permanent Criminal Chamber, of the Supreme Court of Justice of the Republic -Ayacucho, 2019.

The type of legal research developed was quantitative, qualitative, descriptive exploratory level, as well as retrospective and transversal design.

The source of information used is a judicial file that contains a completed process, selected according to non-probabilistic sampling under the technique for convenience; The data has been collected using the techniques of observation and content analysis and as an instrument a checklist, drawn up according to the structure of the sentence.

The results are organized in tables, where the empirical evidence found in the sentences under study are presented; the pertinent normative, doctrinal and jurisprudential parameters, established to qualify the quality of the exhibition, consideration and resolution of each sentence, and the procedure established to determine the quality, where compliance and non-compliance with the parameters have been qualified by assigning them a numerical value correspondent

Keywords: quality, crime against sexual freedom, motivation and sentence

7. Contenido

	Pág.
1. Título de Tesis	ii
2. Equipo de Trabajo	iii
3. Hoja de firme del jurado y asesor	iv
4. Dedicatoria	v
5. Resumen	vii
6. Abstract	viii
7. Contenido	ix
I. INTRODUCCIÓN	1
II. REVISIÓN DE LA LITERATURA.	4
2.1. Referencial Teórico	4
2.2.1. El derecho penal, el derecho procesal penal y el ius puniendi	4
2.2.2. Principios en materia penal	5
2.2.2.1. Principio de legalidad	5
2.2.2.2. Principio de presunción de inocencia	5
2.2.2.3. Principio de debido proceso	5
2.2.2.4. Principio de motivación	5
2.2.2.5. Principio del derecho a la prueba	6
2.2.2.6. Principio de lesividad	6
2.2.2.7. Principio de culpabilidad penal	6
2.2.2.8. Principio acusatorio	6
2.2.2.9. Principio de correlación entre acusación y sentencia	6

2.2.3. La Teoria del Delito y el Proceso Penal	7
2.2.4. La Prueba en el Proceso Penal	22
2.2.5. La Pena	29
2.2.6. La Reparacion Civil	36
2.2.7. La actividad Jurisdiccional	40
2.2.8. El Proceso Penal	42
2.2.9. El Delito de Violacion Sexual	56
2.2.10. La Sentencia	60
2.2.11. Los Medios Impugnatorios	65
2.2. Hipótesis	66
III. METODOLOGÍA	67
3.1. Tipo de investigación	67
3.2. Método de investigación	67
3.3. Sujetos de la investigación	68
3.4. Escenario de estudio	68
3.5. Procedimiento de Recolección de datos cualitativos	69
3.5.1. Tecnicas de recoleccion de datos	69
3.6. 2. Procesamiento de datos	69
3.7. Consideraciones éticas y de rigor científico	70
IV. RESULTADOS Y DISCUSION	72
V. CONCLUSIONES	79

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80
ANEXOS	84
Anexo 1. Declaración de Compromiso Ético	85
Anexo 2. Matriz de consistencia	86
Anexo 3. Sentencia Casatoria	88

I.- INTRODUCCIÓN

Como estudiante: Tenemos en la obra “La justicia Constitucional y Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo”, el Jurista Capelletti (2007), describe la dimensión social de la justicia, bajo el concepto de equidad ciudadana a través de un acceso real a la justicia, contribuyendo a la integración económica, social y cultural de los países, estableciendo complejas relaciones entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales e internacionales.

En este contexto os avoca estudiar la evaluación de técnicas jurídicas aplicadas e la sentencia de casación ° 308-2018/Moquegua, hecho que motivó a observar el contexto temporal y espacial de su procedencia.

En el contexto Internacional: En España también se ven afectados por la tardía administración de justicia identificando al problema como la demora de los procesos y una decisión tardía de los órganos jurisdiccionales por ende la deficiente calidad de las resoluciones judiciales en consecuencia es el perjuicio de la comunidad que no entienden ni justifican las interpretaciones jurídicas, sin embargo si se sienten afectados y perjudicados porque asumen los elevados costos procesales con la desatención de sus demandas así lo sostiene el reconocido jurista Burgos (2010).

Por su parte, en el estado Mexicano: Para Ríos (s. f.) sostiene que el sistema de administración de justicia, a pesar de su importancia y trascendencia, ocupa un lugar marginal tanto en las propuestas de reforma de los partidos como en la discusión pública sobre la reforma política. La falta de atención sobre este tema es lamentable debido no solamente a la situación crítica de la seguridad pública en México sino también al atraso relativo que tenemos en esta área tanto respecto a las otras áreas de reforma como respecto a los otros países de la región.

Por otro lado los sistemas de justicia criminal y civil de México, así como la capacidad del Estado para proporcionar orden y seguridad a sus habitantes, están entre los peores del mundo. (Univisión noticias, s. f.)

En el Estado Peruano: La administración de justicia en el Perú requiere de una extrema transformación para solucionar los problemas que tiene y así ser más operable a las necesidades de los usuarios y recuperar la credibilidad de los magistrados, jueces. Es cierto que el sistema judicial abarca tanto a los operadores de derechos y a personas naturales y jurídicas e instituciones públicas y privadas en ese entender nos enfocaremos como administración de justicia al Poder Judicial por ser especialmente representativo. (Agenda, 2011)

Como reseña estadística se tiene que en el año 2008, se realizó el Proyecto Mejoramiento de los Servicios de Justicia, a cargo de un consultor individual para elaborar una metodología de evaluación de sentencias judiciales y otros, y aplicarla en la selección, evaluación y procesos disciplinarios de los Jueces peruanos; considerando, que si bien el Consejo Nacional de la Magistratura tiene algunos criterios para evaluar la calidad de las sentencias judiciales, sin embargo no existe una metodología que defina los criterios, indicadores, métodos y procedimientos a seguir para realizar dicha evaluación, que se traduce en una heterogeneidad de los resultados (Perú. Gobierno Nacional, 2008).

El Estado Peruano está ordenado conforme lo estipula la Constitución Política de 1993, donde se puede observar que la administración de justicia está a cargo del Poder Judicial.

De otro lado, los resultados de algunas encuestas revelan que el 64% de la población peruana desaprueba la gestión del poder judicial en tanto que un 27% aprueba la gestión del poder judicial, que uno de los principales problemas que afronta el país es la corrupción, que lejos de disminuir aumenta; de ahí que se afirme que el principal freno para el desarrollo del Perú, es la corrupción (IPSOS Apoyo, 2018).

El doctor Sahuanay, en su discurso señaló que la Corte de Lima, atraviesa un momento especial porque las más altas autoridades judiciales han empezado a dar solución a los requerimientos. Esta decisión hace que los ciudadanos reciban una justicia rápida y eficiente”. Además, agregó que este crecimiento responde a la necesidad de hacer vigente el principio de equidad en la distribución de órganos jurisdiccionales en estricta correlación con la carga procesal. (Poder Judicial, 2013)

ULADECH Católica conforme a los marcos legales, los estudiantes de todas las carreras realizan investigación tomando como referente las líneas de investigación. Respecto, a la

carrera de derecho, la línea de investigación se denomina: “Evaluación de Técnicas Jurídicas Aplicadas en la Sentencia de Casación N°308-2018/Moquegua, de la Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema de Justicia de la Republica -Ayacucho, 2019”, para el cual los participantes seleccionan y utilizan resoluciones casatorias condenatorias.

En el presente trabajo versa sobre la “Evaluación de Técnicas Jurídicas Aplicadas en la Sentencia de Casación N°308-2018/Moquegua, de la Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema de Justicia de la Republica -Ayacucho, 2019”, expediente tramitado en primera instancia en el distrito judicial de Moquegua, donde se condenó a la persona de J.M.J por el delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor V.R.M.T. a una pena privativa de la libertad de cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por elplazo de tres años y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil. lo cual no fue impugnado en segunda instancia, siendo que el Fiscal Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto formula acusación contra el encausado J.M.J. por el delito de violación sexual de menor de edad en agracio de V.R.M.T.

II. MARCO TEÓRICO.

2.1. Bases teóricas relacionadas con el estudio.

2.2.1. El derecho penal, el derecho procesal penal y el ius Puniendi estatal

Para Zaffaroni, (2002), el derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de las decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho (p. 5).

Asimismo Carbonell, (1999), señala que el Derecho Penal como la parte del Ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas, y/o medidas de seguridad (p.33).

Por otra parte Bustos, (1986), considera que el ius puniendi es “la Potestad penal del estado, en virtud de la cual se puede declarar punibles determinados hechos a los que se imponen penas o medidas de seguridad” (p. 20).

Para el Tribunal Constitucional (2007), el Derecho Penal y el ejercicio del Ius Puniendi constituye: “el ejercicio de su poder punitivo que está determinado por las opciones sociales y políticas que haya adoptado en relación con la organización de la comunidad, en general. Por lo tanto, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general.” Así, el *ius puniendi* del Estado funciona con sus limitaciones dentro de un marco penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la pena. En este sentido, nuestro ordenamiento Constitucional y las obligaciones internacionales serán el punto de inicio para poder establecer los fines que el régimen penitenciario se ha propuesto lograr y los objetivos que en ella se ha trazado en la Constitución, así como cumplir con los deberes y obligaciones asumidas por el Estado. (EXP. N.º 00033-2007-PI/TC/f.26).

Por otra parte, CARO (2007), refiere que “el diseño de un Estado democrático de derecho importa limitaciones al ius puniendi del estado, a toda la potestad sancionadora en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto significa el reforzamiento de la

plena vigencia de los derechos fundamentales y de las condiciones de su realización” (pp. 182-353).

Finalmente se puede concluir que la función punitiva del Estado social y democrático se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente.

Conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los constituya, o la sustituye en ciertos casos por una medida de seguridad, estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas” (Creus, 1992).

2.2.2. Principios en Materia Penal

Dichos principios, se encuentran consagrados en el art. 139 de la Constitución Política del Perú de 1993, así como han sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia nacional, siendo entre otros, los siguientes:

2.2.2.1. Principio de legalidad: Por este principio, la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el “imperio de la ley”, entendida esta como expresión de la “voluntad general”, que tiene la función de limitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal según Muñoz (2003).

2.2.2.2. Principio de presunción de inocencia: Este principio consiste en que toda persona es considerada inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada de modo fehaciente, la que se haya materializado en una sentencia definitiva que haya adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada (Balbuena, Díaz Rodríguez, y Tena de Sosa, 2008).

2.2.2.3. Principio de debido proceso: El debido proceso según Fix Zamudio (1991) es una garantía de los derechos de la persona humana que implica una protección procesal a través de los medios procesales por conducto de los cuales es posible su realización y eficacia.

2.2.2.4. Principio de motivación: Este principio consiste en la exigencia de fundamentación y explicación que debe tener toda resolución judicial, la que debe estar amparada en una base construida de referentes de derecho y razonamiento, que expliquen la

solución que se da un caso concreto que se juzga, no bastando una mera exposición, sino que consiste en realizar un razonamiento lógico (Franciskovic Igunza, 2002).

2.2.2.5. Principio del derecho a la prueba: Bustamante Alarcón (2001), afirma que se trata de un derecho complejo, en vista de que su contenido se encuentra integrado por los siguientes derechos: i) el derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de la prueba; ii) el derecho a que se admitan los medios probatorios así ofrecidos; iii) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador; iv) el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y, v) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento.

2.2.2.6. Principio de lesividad: Este principio consiste en que el delito requiere para ser considerado como tal, requiere de la vulneración de un bien jurídico protegido, es decir, que el comportamiento constituya un verdadero y real presupuesto de antijuricidad penal (Polaino, 2004).

2.2.2.7. Principio de culpabilidad penal: Este principio supone que las solas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos que el Derecho penal protege no son suficientes para que sobre el autor pese la carga de una pena, puesto que para ellos es necesario que exista dolo o culpa, es decir, que además de la verificación objetiva de estas lesiones o puestas en peligro, corresponde posteriormente la verificación subjetiva, es decir, si el autor ha actuado con una voluntad propia del dolo o si ha actuado imprudentemente, ya que sin éstos componentes subjetivos, la conducta resulta atípica (Ferrajoli, 1997).

2.2.2.8. Principio acusatorio: Este principio indica la distribución de roles y las condiciones en que se debe realizar el enjuiciamiento del objeto procesa penal, al respecto, apunta Bauman (2000), se entiendo por principio acusatorio a que según el cual no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto. Tenemos una persecución de oficio del delito, pero con división de roles, lo que es fruto del derecho procesal francés (San Martín, 2006).

2.2.2.9. Principio de correlación entre acusación y sentencia: San Martín (2011), considera que este principio surge de los mandatos constitucionales establecidos en: a) el

derecho fundamental de defensa en juicio (art. 139, inc. 14 de la Constitución Política del Perú), que impide válidamente que el juez resuelva sobre algo que no ha sido objeto de contradicción; b) el derecho a ser informado de la acusación (art. 139 inc. 15 de la Constitución), que es previo al anterior pues la contradicción efectiva requiere el previo conocimiento de los cargos, sobre los cuales se ha de estructurar la defensa; y, c) el derecho a un debido proceso (art. 139, inc. 3 de la Constitución Política).

2.2.3. Teoría Del Delito y el Proceso Penal

2.2.3.1. Concepto: Es el conjunto de reglas jurídicas que regulan la actuación de un tribunal, de las partes y que ordenan los actos requeridos para decidir si ha de imponerse una sanción. Es el estudio de como los seres humanos se encierran en cárceles. (Apuntes jurídicos, 2013, p. 1)

Desde el punto de vista objetivo, externo y estático -cuando se analiza ese instrumento estatal en conjunto y en sus distintas fases- el proceso penal puede definirse como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva. (Vélez, 1986)

Bailón (2004) menciona que: Es un conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo (P.59)

El proceso penal se desarrolla en dos etapas: la instrucción o período investigatorio y el juicio, que se realiza en instancia única. (Art. 1° C.P.P)

2.2.3.2. El Delito: Al respecto Mir Puig, (2005), entiende que el delito como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable. Esta definición tiene dos partes: La primera, la antijuricidad penal, exige la tipicidad penal y la ausencia de causas de justificación; la segunda, la imputación personal, requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una infracción personal de la norma primaria por parte de un sujeto penalmente responsable (p. 147 y ss.).

Asimismo Jiménez, (1950), considera que el delito es "acto típicamente antijurídico imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, y que se haya conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella" (p. 63).

Finalmente se puede concluir que el delito está en oposición a la norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido.

2.2.3.3. La Tipicidad

Para Rodríguez, (2012), la tipicidad de una acción es consecuentemente, un indicio de antijuricidad, pero no necesariamente la obligatoriedad de la existencia de ello; es decir que solo las acciones típicas tendrán que ser verificadas en torno a la existencia de causas de justificación, no permitiéndose que los actos denominados atípicos, puedan ser justificados, pues la dogmática penal no permite ello, por ende de modo alguno por ejemplo cabe hacer un análisis de la presencia de causas de justificación en el llamado aborto terapéutico (art. 119 C.P), o en la posesión lícita de droga para el auto consumo (art. 229 C.P), pues se extiende que existen razones que por política criminal eximen conductas del catálogo penal, las cuales entonces están permitidas y no son prohibidas, entonces no podrá analizarse ninguna causa de justificación (p.324).

Asimismo Bacigalupo, (1996), menciona que la tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley pena (p. 32).

Para Mir Puig, (1996), la tipicidad penal es una exigencia del Estado de Derecho vinculado al principio de legalidad.

Finalmente se puede concluir que la tipicidad es la adecuación de un acto a la violación de una norma prohibida.

2.2.3.3.1. El Tipo Penal

Para Silvia, (2001), el tipo penal es la descripción legislativa de la conducta criminal y de la pena. La tipicidad es la subsunción de la conducta analizada en el tipo penal. Del tipo penal se extraen las normas o mensajes que el legislador dirige a los ciudadanos (normas

de prohibición o de mandato) mediante las cuales se les determina a realizar diversas conductas (pp. 559-575).

Por otra parte Villa, (1998), refiere que el tipo como modelo conductual preestablecido en la ley penal, "es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal". Dicho en términos de Welzel "tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida" o más concretamente, "tipo es la materia de la prohibición, de las prescripciones jurídico- penales"(p. 203).

Para Bacigalupo, (1994), refiere que es posible distinguir, por lo menos, dos conceptos de tipo según su contenido:

- **Tipo garantía:** contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de la pena y responde al *principio de legalidad*.
- **Tipo sistemático:** Es el tipo en sentido estricto, el que describe la acción prohibida por la norma. El tipo sistemático coincide con el tipo de error; los elementos objetivos de este tipo son los que, en su caso, debe haber conocido el autor para que pueda afirmarse que obró con dolo; el error sobre uno de esos elementos excluye el dolo y consecuentemente la tipicidad (del delito doloso), (p. 420).

Asimismo, Jescheck, (1993), señala que partiendo de la afirmación de que la acción se caracteriza, fundamentalmente, por estar orientada hacia un fin determinado (p.265).

Por otra parte, Mezger, (1935), afirma que el tipo legal es "fundamento real y de validez ("ratio essendi") de la antijuricidad" y define del delito como un acto típicamente antijurídico (p. 346).

Finalmente se puede concluir que el tipo es legal es el bien jurídico porque son directamente lesionados o puestos en peligro mediante las acciones delictuosas.

2.2.3.3.2. La Tipicidad Objetiva y Subjetiva

Según Caro, (2007), cuando el hecho se ajusta al tipo, es decir, cuando corresponde las características objetivas y subjetivas del modelo legal formulado por el legislador, por lo tanto, la tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo manifestación de la voluntad y resultado perceptible del mundo exterior, sino que también contiene la declaración de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución

del tipo de delito, esto es, la parte subjetiva, que corresponde a los procesos psíquicos y constitutivos del delito dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo) (p. 650).

Para Peña, (2009), la tipicidad subjetiva se puede resumir en el dolo y la culpa; en el dolo el agente es consciente de quien quiere dañar el bien jurídico y lo hace; los delitos dolosos de comisión se caracterizan porque existe identidad entre lo cual pide el autor hace objetivamente y lo que quiere realizar (p. 38).

Finalmente se puede concluir que la tipicidad subjetiva consiste en apreciar si el agente conoce lo que hace.

A. Determinación de la tipicidad objetiva

Para Cancio, (2001), la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a ser una teoría general de la conducta típica, es decir, en el que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante sino que la imputación objetiva debe extenderse fuera del ámbito de la imputación de resultado (p. 64).

Según la teoría revisada, para determinar la tipicidad objetiva del tipo pena aplicable, se sugiere la comprobación de los siguientes elementos, estos son:

a. El verbo rector

El verbo rector es la conducta que se quiere sancionar con el tipo penal, y con ella es posible establecer de la tentativa o el concurso de delitos, implica además la línea típica que guía el tipo penal (Plascencia, 2004).

b. Los sujetos

Se refiere al sujeto activo, es decir, el sujeto que realiza la acción típica y el sujeto pasivo, quien es el sujeto que sufre la acción típica (Plascencia, 2004).

- **Sujeto Activo:** Para Damianovich, (2000), el Sujeto activo del delito de Estafa como ya se mencionó antes puede ser cualquier persona, pero no hay que confundir al agente autor de esta inducción al engaño, con el que utiliza el provecho injusto, de modo que uno puede ser el estafador y otro el que obtiene el provecho (p. 228).

Para Welzel, (1987), "es autor solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es sobre la realización del tipo" (p. 897).

El artículo 198 del CP considera como sujeto activo: "...el que, en su condición de fundador miembro del directorio o del concejo de Administración, tracción o del Consejo de Vigilancia, gerente, administrador o liquidador, auditor externo o auditor interno de una persona jurídica..." Las personas que no tienen aquellas cualidades no serán sujetos activos del delito, pudiendo ser cómplices o responsables de otro delito.

- **Sujeto Pasivo:** Para Damianovich (2000), el sujeto pasivo del delito de estafa, el cual es el titular del patrimonio puede también distinguirse entre el paciente del error y del engaño, y el paciente del daño, siendo esto, entre el estafado y el perjudicado (p.228).

Asimismo Bustos, (1996), afirma que "(...) existe el sujeto pasivo de la acción, que es la persona que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico (...)" (p.122).

c. Bien jurídico

Para Bramont, (s/f), la norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función eleva a la categoría de delitos por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento. El bien jurídico es el interés jurídicamente protegido, es aquello que la sociedad establece como su fundamento básico para logra un desarrollo armónico y pacífico (es un valor ideal de carácter inmaterial) (p. 173).

Para Luzón, (1996), el bien jurídico es considerado como condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad, indica que estas condiciones pueden ser objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses, derechos, pero con una característica importante, y es que siempre deben ser socialmente valiosos, pues esto es lo que viene a dar lugar a ser protegidos por el derecho penal. Igualmente indica que estas condiciones deben tener un titular concreto, que puede ser una persona o una colectividad (p. 327).

d. Elementos normativos

Para Rodríguez, (2012), los elementos normativos se refieren a aquellos datos que no pueden ser generalmente representados e imaginados sin presuponer lógicamente una norma (p. 299).

Asimismo Bacigalupo, (1996), afirma que "... son aquellos contenidos en una descripción típica que sólo se pueden captar mediante un acto de valoración (p. 34).

Finalmente se puede concluir que los elementos normativos son aquellos que no pueden ser representados; es decir solo pueden ser determinados mediante una especial valoración de una situación del hecho.

e. Elementos descriptivos

Al respecto Bacigalupo, (1996), señala que son aquellos que el autor puede conocer a través de los sentidos (vista, tacto, oído, etc.) son objetos del mundo exterior que el autor puede conocer a través de sus sentidos sin hacer una especial valoración (p.34).

Asimismo Quintero, (1997), denomina a los elementos descriptivos aquellos cuyo significado puede ser comprendido sin necesidad de recurrir a segundas valoraciones, pues las palabras que los expresan pertenecen al lenguaje normal y no pretenden ofrecer una significación diferente de aquella que se deduzca de su lectura (p. 369).

Finalmente se puede concluir que los elementos descriptivos del tipo penal, consolidan la igualdad y la seguridad jurídica.

B. Determinación de la tipicidad subjetiva

Al respecto Mir Puig, considera que la tipicidad subjetiva, la conforman los elementos subjetivos del tipo que se haya constituida siempre por la voluntad, dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado), o bien, a una sola conducta (en los delitos imprudentes y en los de mera actividad), y a veces por elementos subjetivos específicos (Plascencia, 2004).

Finalmente se puede concluir que la tipicidad subjetiva consiste en apreciar si el agente conoce lo que hace, tanto que efectuamos algo, como que ese algo es bueno o malo, correcto o incorrecto, ajustado a Derecho o injusto.

2.2.3.4. La Antijuricidad

Al respecto Villavicencio, (2006), señala que .la Antijuricidad (contradicción con el Derecho), "la conducta típica tiene que ser confrontada con los valores provenientes de todo el ordenamiento jurídico. Sólo producto de la graduación de valores de la antijuricidad, se decide definitivamente si el hecho es antijurídico o conforme a derecho, si es que contradice o no el ordenamiento jurídico en su conjunto" (p. 529).

Para Hurtado, (2005.), la antijuricidad es una valoración negativa de la acción en relación con el ordenamiento jurídico, es decir, es una noción perteneciente a todos los campos del Derecho. Se debe presentar la antijuricidad en su plano formal y material, entendiéndose por el primero a la oposición del acto con la norma prohibitiva o preceptiva, mientras que el segundo, al carácter dañino del acto respecto al bien jurídico protegido por la norma legal (p. 514).

Por otra parte Muñoz, (2004), menciona que el término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo (p. 65).

Asimismo, López, (2004), señala que "la antijuricidad es la contrariedad con el Derecho. Esta afirmación supone un juicio sobre el hecho comparándolo con el ordenamiento jurídico, para de tal comparación decidir si efectivamente el hecho es o no contrario al ordenamiento jurídico" (p. 281).

Para Mir Puig, (2004), el primer requisito de la antijuricidad penal es la tipicidad penal. Un hecho es penalmente típico cuando se halla previsto por la Ley como constitutivo de una especie o figura (tipo) de delito (..). Ello asegura la relevancia penal del posible hecho antijurídico, pues no todo hecho antijurídico tiene carácter penal, sino sólo los que realizan un tipo de delito (..)" (p. 154).

A. Causas de justificación

Como afirma García, (2008), en las causas de justificación no se hace más que responder a la cuestión de si la persona que organizadamente afecta a otro resulta penalmente competente por dicha afectación. Estas causas producen el efecto de descargar de la imputación penal a quien afecta organizadamente a otro, lo que, en resumidas cuentas, significa que el autor de la afectación no mantiene la competencia por el hecho lesivo, sino que éste debe ser asumido por terceros (culpables o no) o por el propio afectado (p. 471).

En tal sentido, Hurtado, (2005), señala que: "las disposiciones relativas a las causas de justificación son normas permisivas. Prevén casos excepcionales en los que se puede violar la norma (implícita al tipo legal). El orden jurídico admite, en consecuencia y de manera excepcional, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (p. 519).

Para Caro, (2004), las causas de justificación al operar como estructuras de descargo de la imputación, sientan sus bases en la competencia de un hecho penalmente relevante (p. 672).

Asimismo Mir Piug, (2002) sostiene que: "(...) las proposiciones jurídicas en las que se prevén las causas de justificación no constituyen normas independientes, sino disposiciones auxiliares, limitadoras del imperativo formulado por las proposiciones jurídicas que encierran los tipos de delito. La norma penal completa se forma de la puesta en relación del tipo (positivo) y la causa de justificación" (p. 55).

Finalmente se puede concluir que la tipicidad permite establecer que la conducta realizada por el autor es prohibida u ordenada por la norma; ahora bien, las causas de justificación nos ayudan a sostener que dicha conducta es permisible por el ordenamiento jurídico al tutelarse intereses superiores, las causas de justificación no solo impiden que se imponga una pena al autor de un comportamiento típico, sino que convierten ese hecho lícito en virtud de la norma permisiva en la cual guardan su fundamento.

a. Grave alteración de la conciencia

Para Rodríguez, (2012), es la perturbación cognitiva derivada de un evento emocional dirigida por un estímulo cualquiera, que hace que el sujeto pierda su capacidad intelectual de observar el carácter delictuoso de su conducta (p. 364).

Asimismo Villa Stein, (2001), el meollo de la grave alteración de la conciencia es el aparato emocional del sujeto; emociones que varían de intensidad. Desde estados ligeros hasta intensas pasiones que desintegran y desorganizan la conducta.

b. Grave alteración de la percepción

Para Rodríguez, (2012), se refiere a aquellas personas que, por haber sufrido desde el nacimiento o desde la infancia, un tratamiento de la percepción no se hallan en un mundo normativo. Es el caso de los sordomudos, o ciegos de nacimiento o desde la infancia, e la medida que suponen una incomunicación con el mundo social que le incapacita para recibir normalmente la llamada de la norma jurídica de que se trate (p. 363).

Asimismo Peña, (2004), la noción de la alteración de la percepción, está referida a cualquier sentido, de modo que no solamente a sordo y al mudo o ambos a la vez; el abanico abarca otras dimensiones físicas de los sentidos que importe la alteración de la percepción de la realidad y que sea grave.

c. Legítima Defensa

Para Revilla, (2006), la legítima defensa es una causa de justificación, entonces – como pone de manifiesto la exención de la responsabilidad penal a que hace referencia este precepto penal, debe entenderse como la exclusión de la antijuricidad de la conductal de quien obra amparado en ella (p. 217).

Por otra parte Labatut, (2006), ha sostenido que la legítima defensa no es más que la reacción necesaria frente a una agresión que ha creado un estado de necesidad en el sujeto que se defiende; es decir que “la legítima defensa es una variante del estado de necesidad, un estado de necesidad privilegiado cuya raíz se encuentra en lo necesario” (p.93).

Asimismo Cousiño, (1979), afirma que este principio puede ser formulado en los siguientes términos: “Siempre es preponderante el interés del agredido injustamente en alguno de

sus bienes jurídicos, frente a los bienes jurídicos del atacante, lesionados en legítima defensa”. Eso sí, este autor advierte que “La preponderancia de los intereses no se mide conforme a un criterio de valuación material, sino que responde a una valuación jurídica” (p.192).

Finalmente se puede concluir que la legítima defensa justifica la realización de una conducta típica por parte de quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros ante una agresión ilegítima.

2.2.3.5. La Culpabilidad

Para Rodríguez, (2012), la culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma , lo que trae como consecuencia que lleve consigo una reprochabilidad del injusto autor. El fin que determina la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el orden, destruido por el comportamiento delictivo, y a través de la asignación de la culpabilidad y el castigo consecuente a ello, ha de confirmarse la corrección de la confianza en la corrección de una norma (pp. 349- 350).

Al respecto Hurtado, (2005) refiere que “La culpabilidad es el reproche personal contra el autor que no ha omitido la acción antijurídica, aunque podía hacerlo; aquí se valoran jurídicamente las características personales del titular del delito (salud psíquica y madurez mental) es decir se examina el vínculo entre la persona y su acción antijurídica” (p. 490).

Según Bacigalupo, (1985), la culpabilidad es consecuencia de la capacidad de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena. Los elementos que la integran la capacidad en la que se funda la culpabilidad son:

- a) la capacidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto y
- b) la posibilidad de motivarse de acuerdo con ese conocimiento (capacidad de motivación en sentido estricto). Dicho de otra manera: una persona es capaz de motivarse por el derecho si pudo conocer la desaprobación jurídico-penal y si además pudo motivarse de acuerdo con ese conocimiento (p. 86).

Para González, (1995), “la culpabilidad es el juicio de reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tienes de que con su

acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe una alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva” (p.67).

Asimismo Zaffaroni, (1973), la culpabilidad se le puede entender como reprochabilidad, esto es, el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea reprochada jurídicamente a su autor de la conducta por el sujeto activo (p. 505).

Finalmente se puede concluir que “no hay pena sin culpabilidad” constituye el fundamento y límite a la acción punitiva estatal manifestada a través de la imposición de la sanción (determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma).

A. La Imputabilidad

Al respecto Rodríguez, (2012), se refiere a la imputabilidad, es el presupuesto de la culpabilidad y se concreta bajo las formas, especies o grados de dolo y culpa constituyendo además el elemento más importante de la culpabilidad. Se refiere básicamente a un modo de ser del agente, aun estado espiritual del mismo y tiene por fundamento la existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales exigidos por ley para responder por los hechos cometidos. Entonces la inimputabilidad permite determinar si el individuo tiene la capacidad psíquica para verse motivado por la noma penal (p. 354).

Para Muñoz, (2004), bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.). Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes, para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad (p. 104).

Según Chirino, (1991), cuando hablamos de capacidad de culpabilidad estamos tocando un tema muy debatido en la doctrina, sin embargo, casi toda la doctrina coincide que se trata de observar si en el momento de la acción el sujeto era capaz de comprender el carácter ilícito del acto y si el sujeto era capaz de mover sus acciones de acuerdo con ese conocimiento y con esa comprensión (p. 163).

Finalmente se puede concluir que para determinar la imputabilidad se debe de analizar las condiciones mentales y psíquicas, bajo las cuales se encontraba la persona al

momento de la comisión del hecho delictivo, por cuanto las diversas circunstancias o situaciones, pueden afectar el estado emocional de la persona.

B. Causas de Inculpabilidad

a. Error de Tipo

Al respecto Villavicencio, (2006), señala que el error de tipo, "es el error o la ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo"; es decir que, "no se haya comprendido algún elemento típico que existe objetivamente (falta de Representación), o lo comprenda de una manera diferente (representación falsa) (p. 361).

Conforme sostiene Mir Puig, (1998), "se presenta un error que recae sobre la situación penalmente prohibida, concretamente, sobre las circunstancias del hecho que limitan el injusto, tanto los elementos del tipo (positivo) como los presupuestos de una causa de justificación afectan a la concurrencia del supuesto de hecho que constituye la situación objeto de la prohibición, y todos ellos deben distinguirse de la prohibición en sí misma"(p. 69).

Para Zaffaroni, (1990), el error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia del dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Así quien cree que está disparando sobre un oso y resulta que no se trata de un oso, sino de su compañero de casería, quien se apodera del abrigo que está en el perchero del café y sale con él, en la creencia que se trata de su propio abrigo (s/p).

El Código Penal (2009), lo describe como "el error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley" (p. 58)

Finalmente se puede concluir que el error de tipo se excluye la tipicidad de la acción y determina la ausencia del dolo (es el conocimiento no deseado por el "agente activo del delito" que hace algo que no quiere hacer y que dicha acción esta descrita como delito).

b. Error de prohibición

Tal como señala Castillo, (2001), la posibilidad de error acompaña al hombre en cualquier actividad, *errare humanum est-*, de tal modo que el error no es una excepción, sino una nota común del conocimiento humano (p. 13).

Asimismo Zaffaroni, (2002), el error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, sino que es un puro problema de culpabilidad. Se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta.

Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuricidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza (p. 577).

Por otro lado García, (1994), el error sobre la existencia de una causal de justificación es clasificado como error de prohibición dado que el sujeto supone erróneamente y en forma invencible que lo ampara una causal inexistente... el error puede versar sobre cualquiera de las causales de justificación: el cumplimiento del deber, el legítimo ejercicio del derecho, el cumplimiento de orden legítima de autoridad, el estado de necesidad y la legítima defensa (pp. 176-177).

Finalmente se puede concluir que el error de prohibición se produce cuando el sujeto que actúa cree, por error, falso conocimiento o ignorancia, que su conducta no se encuentra sujeta a pena.

c. Miedo Insuperable

Para Rodríguez, (2012), el miedo insuperable (art. 20 inciso 6 C.P.) en realidad un caso particular del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho. El miedo o situación coactiva generada por una amenaza son sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal causado: allí colisionan el bien jurídico amenazado y el que es necesario lesionar para evitar tal amenaza (p. 366).

Finalmente se puede concluir que el autor actúa bajo coacción a causa de un miedo que le hace cometer un hecho ilícito a pesar de conocer la antijuridicidad de su actuar.

d. El dolo

Para Castillo, (1999), el dolo es conocimiento de las circunstancias o elementos de hecho del tipo penal y voluntad de realizarlos. Suele abreviarse esta fórmula diciendo que dolo es conocimiento y voluntad de realización del tipo penal (p. 179).

Según Dall'Anese, (1991), que dentro de la estructura del delito, el dolo se constituye en una subestructura compuesta de dos elementos: cognición y volición. En esta primera división están totalmente de acuerdo los seguidores de las diferentes teorías, pero centran sus diferencias en el contenido propio del elemento cognoscitivo (p. 17).

Asimismo González, Campos & Vargas, (1999), señalan que el dolo se clasifica dependiendo del grado con que se tiene los elementos de conocimiento y voluntad. De esta forma se distingue entre el dolo directo y dolo eventual. En el primer caso el autor quiere realizar específicamente el resultado o la acción típica. El segundo dolo eventual el sujeto se representa el resultado como probable y, aunque no es su expreso deseo del producirlo, continua actuando, admitiendo y asumiendo su eventual verificación (p. 74).

Finalmente se puede concluir que el dolo es la intención (conocimiento) dirigida a una finalidad descrita como prohibida en el tipo penal; es decir es el conocimiento y voluntad de realización del tipo penal.

2.2.3.6. La Punibilidad

Para Muñoz & Díaz, (1999), en un Derecho Penal preventivo (de la culpabilidad), el problema no es ya la justificación de la imputación, ni la legitimación del Estado para imponer el castigo, sino las condiciones, requisitos y formas que hacen posible la imputación y, en consecuencia, el castigo. Para la aplicación de la pena se precisa de la verificación del injusto penal, así como de la *responsabilidad penal* de su autor o partícipe (p. 7).

Según Mir Puig, (1996), “la infracción de una norma primaria de determinación permite imputar la antijuridicidad penal de su autor, pero ello o basta para considerar adecuada la imposición al mismo de una **pena**. Esta no recae directamente sobre el hecho, sino sobre su

autor, de modo que para que resulte legítima no basta el hecho penalmente antijurídico y concretamente anti normativo, sino que es preciso que su autor aparezca como un **sujeto idóneo** para responder penalmente (p. 541).

Asimismo Cobo, señala que la punibilidad es concebida como posibilidad legal (abstracta) de referencia y aplicación de la pena, constituye una necesidad lógica para la definición del delito (p. 859).

Para De Rivacoba, (1995), "...la pena, por último es algo más concreto, absolutamente concreto; no la amenaza que la ley desina y con la ley conmina en abstracto para la hipótesis de una determinada especie delictiva, sino su actualización y concreción, mediante el proceso de su individualización, en una posibilidad y magnitud incluida en aquella que el juez precisa e impone por una ocurrencia delictuosa particularizada y que el condenado debe cumplir.

En ese sentido, para la imposición de la pena (concreción de la punibilidad) es necesario acreditar el injusto y la responsabilidad penal, y en algunos casos, constatar la presencia de ciertas circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable, a la que mismas que se conoce como *condiciones objetivas de punibilidad*, asimismo, se requiere la constatación de la ausencia de las llamadas excusas absolutorias (pp. 39-44).

La Punibilidad es conminación de retribución penal, formulada por el legislador para la defensa de intereses sociales determinados que se busca tutelar. La punibilidad constituye la particularidad esencial de la norma jurídico-penal sustantiva (...) La punibilidad es previa a la comisión del delito. Ninguna conducta constituye delito si no está prevista por un tipo legal al que se asocia una determinada punibilidad. La punibilidad existe con independencia del delito: la punibilidad está en la norma, y allí permanece se cometan o no se cometan delitos (...). La punibilidad no es ni retribución ni privación de un bien. Es, tan solo, una advertencia que lanza el legislador sin saber, es obvio, a quien va a aplicarse. (De La Barreda, 1982).

Finalmente se puede concluir que la punibilidad constata que un hecho es antijurídico y que puede ser imputado o atribuido jurídicamente a su autor, es natural que se aplique la consecuencia jurídica prevista, es decir, la imposición de una pena.

2.2.4. La Prueba en el Proceso Penal

2.2.4.1. Concepto:

La prueba, según Fairen (1992), es la coincidencia o falta de coincidencia fundamental entre las apariencias y las realidades, por la que el Juez, busca alcanzar un grado de “convicción” de que la “apariencia” alegada coincide con las “realidad” concreta, subsumiendo dicho resultado con la norma jurídica que le preexiste, surgiendo una conclusión legal, que pondrá fin al litigio, y se formulará una sentencia.

Asimismo, Tome, (2007), explica que la prueba es “la actividad procesal, de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de éste último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla, fundamentalmente, en el juicio oral” (p. 475).

Para Sánchez, (2004), la prueba constituye uno de los temas de mayor apasionamiento en el proceso judicial y sobre manera en el proceso penal, pues toda la doctrina procesalista se aboca a su estudio con distintas intensidades (p. 637).

Asimismo Echeandía, (2000), define la prueba "como el conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso" (pp. 20-21).

Al respecto el Tribunal Constitucional (2012), sobre el derecho de prueba constituye: “(...) el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, [el derecho] 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 tenga en la sentencia (EXP. N.º 01147-2012-PA/TC/f. 11).

Para Aguilar, (2005), la prueba constituye un elemento necesario para convencer al juzgador de la existencia o no de hechos de importancia en el proceso; en otras palabras, es un juicio, una idea que denota necesidad ineludible de demostración, verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso; pero en particular, tratándose de la prueba penal, podemos señalar que se trata del elemento o dato, racional y objetivo, idóneo para acreditar la existencia o no del delito, así como para demostrar o no la

responsabilidad penal del inculpaado al respecto, inclusive para la demostración de las circunstancias relevantes a ponderar en la aplicación de sanciones (pp.5-6).

Por otro lado Gómez, (2004), menciona que la prueba, en el contexto del proceso penal, es “aquella actividad que han de desarrollar las partes acusadoras en colaboración con el Tribunal al objeto de desvirtuar la presunción de inocencia (p.323).

Asimismo Martínez P. (1995), define a la prueba como: el “examen y exactitud, argumento y demostración, operación mental que confirma y justifica, razonamiento que funda la verdad de una proposición que exige la evidencia que el teorema reclama y necesita (...). Es esencialmente indestructible, porque se funda en premisas que dan firmeza solidez al silogismo, al manejarse con maestría el argumento y disparar certeramente las baterías de la fuerza dialéctica” (p. 5).

Finalmente se puede concluir que la prueba es todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho ingresado legalmente al proceso a través de un medio de prueba en la audiencia de juicio oral y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, que sirve al juez como elemento de juicio para los efectos indicado.

2.2.4.2. El objeto de la prueba

Cafferata (1998) Es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba. El tema admite ser considerado en abstracto o en concreto. Desde el primer punto de vista, se examinará qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal; desde la segunda óptica, se considerará qué es lo que se debe probar en un proceso determinado (P.24).

Ahora bien, si habla de certeza (o de representación subjetiva de la verdad histórica por el mecanismo de la convicción) constituye, un progreso respecto a hablar, sin más e impropriamente, de "verdad", que no se limita a verdad formal y material, sino al aspecto cuantitativo de la cuestión, o sea, la verdad suficiente para conseguir el fin (pp. 21 a 48).

2.2.4.3. Las pruebas actuadas en el proceso

A. El Atestado

a. Definición

Para Mixan, (1998), el atestado va generalmente acompañado con la manifestación policial de la denunciante; del denunciado y otro cuya manifestación puede contribuir a una mejor investigación de los hechos, toda vez de que han participado de estos de manera directa o indirecta; ahí mismo pueden contener documentos u otras pruebas relacionadas a los hechos investigados, que obtuvieron de ciertas diligencias policiales o por el aporte mismo de los sujetos involucrados en la investigación (p.112).

En la práctica procesal penal del Perú, el atestado es, en palabras de Guillermo Olivera Díaz (2009), el documento por el cual la policía denuncia la perpetración de un acto punible ante el Ministerio Público conteniendo las investigaciones practicadas y que serán apreciadas por los jueces y tribunales con criterio de conciencia.

b. Regulación

“Artículo 61° del Código de procedimientos penales”, prescribe; El atestado será autorizado por el funcionario que haya dirigido la investigación. Las personas que hubieran intervenido en las diversas diligencias llevadas a cabo, suscribirán las que les respecta. Si no supieran firmar se les tomará su impresión digital. (Código de procedimientos penales)

c. El atestado policial en el proceso judicial de estudio

El 12 de Octubre del 2014 a horas 13:00 se intervienen a varias personas por el delito contra la salud pública – Tráfico ilícito de drogas, la unidad de inteligencia de la PNP tuvo conocimiento que una camioneta de color blanco se encontraba abandonado por el sector del cruce que conduce a la valvula de gaseoducto de la empresa Peru LNG Via Los Libertadores por lo que coordino con el personal de DEPRODE AYACUCHO para que disponga su traslado hacia dicho lugar. Estando por inmediaciones de la ruta de Mansanayocc- Alpachaca- Tocto, se hallaba abandonada una camioneta marca Toyota doble cabina, modelo HILUX 4X4 TURBO DSL color blanco de placa C4A-818, donde se logro identificar a las personas que se encontraron con paquetes envueltos con cinta adhesiva de color beige, la misma que contiene clorhidrato de cocaína, al parecer

Pasta Básica de Cocaína, que se encontraba en el interior de la camioneta marca Toyota doble cabina, modelo HILUX 4X4 TURBO DSL color blanco de placa C4A-818. (Expediente N° 2179-2014).

B. La instructiva

a. Definición

La declaración instructiva o declaración de los imputados pone a su conocimiento la existencia de un proceso penal seguido en su contra y participa de una doble condición; de ser medio de investigación y medio de defensa. Como medio de investigación, la ley procesal impone su actuación, al juez o el fiscal, para indagar en relación con los cargos formulados en su contra, en tanto que, como medio de defensa, formular sus descargos con el objeto de desvirtuarlos, a la par que designar abogado defensor. (Gaceta jurídica, 2008, p. 247)

b. La instructiva en el proceso judicial en estudio

Refieren que los envoltorios encontrados le habían encargado para su traslado a la ciudad de Lima, pero que en la ruta extraviaron la camioneta (Expediente N° 2179-2014)

c. La Testimonial a. Definición

Guillen (2001) menciona que: “Se denomina prueba testimonial aquella que se basa en la declaración del o los testigos y que puede aportar alguna información relevante o útil a la investigación jurisdiccional de la comisión de un delito” (p. 165)

2.2.4.4. Procedimiento Probatorio

Para Montero, (2000), El procedimiento probatorio no consiste en una sucesión de actos caprichosos que en ocasiones pueden resultar un obstáculo para alcanzar la “verdad”. No se trata de formalismos sin sentido ni utilidad, sino que son expresión del principio de legalidad procesal y evidencian que no es admisible la prueba obtenida de cualquier forma a legal cuando no ilegal (p. 284).

A. Proposición

Para Cafferata, (1998), “es la solicitud que el ministerio fiscal y las partes formulan ante el tribunal, para que se disponga la recepción de un medio de prueba”. (, p. 40)

B. Recepción

Para Cafferata, (1998), “el momento de recepción ocurre cuando el tribunal lleva a cabo el medio de prueba, posibilitando el efectivo ingreso en el proceso del dato probatorio que surja de su realización”. (p. 41)

C. Valoración

Para Ferrer, (2007), la valoración es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. Tiende a establecer cuál es su real utilidad para los fines de la formación de la convicción en el juez sobre las afirmaciones sobre los hechos que dieron origen al proceso y el objetivo de la valoración es determinar el grado de corroboración que el material probatorio aporta a cada una de las posibles hipótesis fácticas en conflicto (p. 91).

Asimismo Gascón, (2004), menciona que la valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de las informaciones aportadas al proceso mediante los medios de prueba. Más exactamente, valorar consiste en evaluar si esas afirmaciones (en rigor, hipótesis) pueden aceptarse como verdaderas (p. 157).

Según García, (2003), “el momento culminante de la actividad probatoria se concreta en la valoración. Con ésta se trata de auscultar si la prueba obtuvo o no la finalidad de buscar la verdad sobre el acontecimiento que interesa al proceso penal y sobre el cual el funcionario judicial debe decidir” (p. 247).

2.2.4.5. Principios de la etapa Probatoria

A. Principio de unidad de la prueba

Para Carnelutti, (1994), en la mayoría de los casos las pruebas no son suficientes para guiar al juez en su tarea hacia el encuentro de la certeza de los hechos, pero ello no puede ser justificativo para dejar de juzgar, por lo que "no hay o no camino, en tales casos, que el de elegir el mal menor" (p. 65).

Finalmente se puede concluir que mediante la unidad de la prueba se busca lograr un equilibrio en el proceso, las partes tienen que tener iguales oportunidades para pedir y obtener que les practiquen pruebas, para contradecir las del contrario, pero sobre todo apunta a obtener un equilibrio en cuanto al conocimiento de los hechos.

B. Principio de legitimidad de la prueba

Para Cubas, (2006), “un medio de prueba será legítimo si no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico procesal penal, procesal vigente o por el ordenamiento jurídico en general; cuando esté reconocido por la ciencia como capaz de conducir a la certeza; cuando no es contrario a la ética ni a la dignidad e integridad a las personas” (p. 369).

Asimismo Devis, (2002), señala que este principio exige que las pruebas se practiquen con todas las garantías y se obtengan de forma lícita, exigiendo que se utilicen solo los medios de prueba moralmente lícitos (p. 117).

Según Silva, (s/f), apunta que la legitimidad consiste en que debe obtenerse la prueba “por los modos legítimos y las vías derechas”, excluyendo las calificadas de “fuentes impuras de prueba”. El citado principio comprende tanto el concepto de legitimidad como el de licitud de la prueba (pp.29/30).

C. Principio de la comunidad de la prueba

Para Cubas, (2006), este principio también es llamado de adquisición procesal de la prueba, en cuanto una prueba se incorpora al proceso ya sea afirmando o negando un hecho o circunstancia. Puede ser alegado por cualquiera de las partes, independientemente de quien la ofreció (p. 369).

Asimismo Devis, (2002), afirma que por este principio el Juez no debe hacer distinción alguna en cuanto al origen de la prueba, como lo enseña el principio de su comunidad o adquisición; es decir, no interesa si llegó al proceso inquisitivamente por actividad oficiosa del Juez o por solicitud o a instancia de parte y mucho menos si proviene del demandante o del demandado o de un tercero interventor (s/p).

2.2.4.6. Sistemas de Valoración de la prueba en el proceso penal

Para Delgado, (2004), explica que los sistemas probatorios son aquellos que rigen en determinados sistemas o legislaciones, para establecer el mecanismo a través del cual deben ser apreciadas las pruebas al momento de sentenciar. La mayor parte de autores distingue entre tres sistemas de valoración: sistema legal o de la prueba tasada, el sistema de íntima convicción; y el sistema de la libre convicción motivada o razonada: la llamada sana crítica.

A. Sistema de prueba Legal o tasada

Para Asencio, (2008), la prueba tasada consiste en el establecimiento por parte del legislador, y consiguiente imposición al juez, de un conjunto de reglas vinculantes mediante las cuales se limitan los elementos de prueba utilizables para formar la convicción; esto es, se establece un *numerus clausus* de medios probatorios, sancionándose, además, de forma previa en lo que constituye una sustitución de la labor del juez por el propio legislador, el valor que ha de atribuirse a cada instrumento de prueba, así como las condiciones y requisitos que han de sucederse para alcanzar un determinado valor absoluto o parcial (p. 8).

Como apunta Varela, (2004), el sistema de la prueba tasada, al menos en la época moderna, fue impuesto como una reacción contra fallos descalificantes debido a la arbitrariedad que ostentaban y para poner remedio a tal situación. También constituyó un medio de civilizar la administración de justicia frente a la existencia de jueces ignorantes o arbitrarios (p.154).

B. Sistema de íntima convicción

Para Cortez, (2008), menciona que el jurado al momento de emitir su veredicto sólo expresa su conclusión sobre culpabilidad o no culpabilidad, dando respuesta afirmativa o negativa para cada uno de los puntos que se someten a su decisión, sin necesidad de fundar su respuesta. (pp. 14-15).

Es el sistema de apreciación característico del juicio por jurado, fundamentalmente del sistema norteamericano o anglosajón, o cualquier otro donde el sentenciados no deba dar cuenta del porqué y en base a que decidió de tal manera. Se caracteriza por una ausencia

total de un orden normativo sobre la forma de otorgarle valor a las pruebas y, además, el órgano decisor no tiene el deber de dar los fundamentos y razones que lo motivaron para dictar sentencia. El juzgador o jurado percibe la prueba, se forma su particular criterio sobre el resultado de la misma y decide por su convicción íntima, por lo que le dicta su conciencia.

C. Sistema de libre valoración o sana crítica

Para Rodríguez, (2005), señala que “las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas se interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de perito, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción” (pp. 124-125).

Para Gonzaini, (1996), el sistema de la sana crítica actúa como instrumento del cual se valdrá el juez para determinar la fuerza de convicción que contienen las pruebas introducidas, y poder determinar la eficacia de las mismas para el logro de su cometido. Ese instrumento se activa por medio de reglas lógicas y máximas de la experiencia entendida éstas últimas como "aditamentos culturales que posee el juez para formar un criterio lógico" (p. 224).

2.2.5. La Pena

2.2.5.1. Teorías sobre la finalidad de la Pena

2.2.5.1.1. Teorías Absolutas: La Retribución

Para Rodríguez, (2012), las teorías absolutas, en consecuencia, legitiman la pena si esta es justa. La pena necesaria, para estas teorías, será aquella que produzca el autor un mal (una disminución de sus derechos) que compense el mal que el ja causado libremente (p. 436).

Asimismo Córdoba & Ruiz, (2001), mencionan que “la pena... es la retribución a la perturbación del orden jurídico que se han dado los hombres y consagrado por las leyes; la pena es la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido. La función de la pena se

limita simplemente a la realización de la justicia (atribución); es decir, no se considera que la pena pueda tener algún fin; el fundamento de la pena no es otro que el libre albedrío” (p. 56).

2.2.5.1.2. Teorías relativas

Para Rodríguez, (2012), la pena, según esta concepción, tiene como *fin la prevención, la aseguración del bienestar colectivo mediante la intimidación*, destinada a evitar la futura comisión de ilícitos (prevención general) y , a su vez, motivar la supresión del ánimo delictivo en el infractor de la norma (**prevención especial**) y es justamente esta tendencia la adoptada por nuestro Código Penal en su artículo I y IX del título preliminar establece que el objeto del Código Penal es la prevención y la función de la pena es eminentemente preventiva (evitar la comisión de delitos, dirigida a todos los ciudadanos y evitar que quienes ya cometieron y sufrieron una pena, no vuelvan a delinquir) (p.438).

Según Bacigalupo, (1994), las teorías relativas procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legítimamente es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores y potenciales indeterminados, se tratara de una teoría preventivo- general de la pena. Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una teoría preventivo-especial o individual de la pena (p. 487).

Para Jescheck, (1993), “quien aspira a castigar de modo razonable, no debe de realizarlo por el injusto ya cometido(...), sino en atención al futuro, para que en adelante ni el mismo delincuente vuelva a cometerlo ni tampoco los demás, que ven como se le castiga (P. 63).

A. Prevención General Negativa

Para Rodríguez, (2012), es evidente que la esencia de la prevención general negativa se funda en la intimidación a los ciudadanos, cuanto más fuerza se utilice, cuanto más grave sean las sanciones y más crueldad conlleve, más será la intimidación a los miembros de la colectividad social (p. 452).

Según López Barja, (2004), la objeción que se plantea a esta teoría es que carece de límites y por consiguiente puede permitir bajo su influencia la imposición del Estado del terror penal (p.43)

Para Sánchez, (1999), la prevención exigida no puede, por tanto, tener lugar contra verdaderas perturbaciones del ordenamiento jurídico; la ejecución de la pena sólo puede tener por ello como meta la futura efectividad real de la amenaza, esto es, la intimidación de otros” (p. 45).

A su vez, Heiko, (1999), señala otro punto de alta deficiencia en esta teoría: “si de lo que se trata es de eliminar los estímulos hacia el delito, el mal tiene que ser de mayor entidad que la ventaja que se obtenga con el hecho; esto es, empero, independiente de los daños sociales que ha causado el hecho.

Por ello puede surgir una gran desproporción entre el daño social y el quantum de la pena. Un ejemplo: puede que frente a un asesinato a causa de unos cuantos cientos de pesetas una pena pecuniaria de unos miles de pesetas sea lo suficientemente intimidatoria, mientras que frente a un delito de calumnias que el autor lleva a cabo para promocionarse profesionalmente solo sea intimidatoria la previsión de una pena de muchos años de cárcel.

Por lo demás, en contra de la teoría de la prevención general negativa hay también que objetar que ni todos los delitos responden a un cálculo racional el autor calculador es más bien la excepción, ni todo cálculo racional per se centra en la abstracta amenaza penal, sino si acaso en el riesgo a ser descubierto, esto es, en la posibilidad real de ser penado o de la pena” (pp. 46/47).

B. Prevención General Positiva

Para Rodríguez, (2012), la función de la pena es la prevención general positiva es “la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social”, ósea la afirmación hay aseguramiento de las normas fundamentales”.

Esto mismo se sostiene también diciendo que la tarea del Derecho Penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador del contacto social. El contenido

de la pena, por tanto es el rechazo de la desautorización de la norma, llevado a cabo a costa del que la ha quebrantado (p. 446).

C. Prevención Especial

Al respecto Rodríguez, (2012), señala que la prevención especial denominada a su vez “*prevención individual*”, está orientada a prevenir la comisión de nuevos ilícitos por parte de aquellos individuos que hallan ya infringido la norma penal, a través de su inocuización (prevención especial negativa) o mediante su resocialización (prevención especial positiva).

Esta teoría considera que la forma de evitar nuevos delitos es cuando sobre una persona que ya ha delinquido, la sanción funciona así en forma individual, con la finalidad de evitar que el mismo vuelva a delinquir. Siendo ello así mientras que la prevención general se convierte en una amenaza dirigida a todos los integrantes de la sociedad, la prevención especial se funda en un caso específico y concreto – dirigida sobre la persona que ha delinquido y quien ha sido objeto de la imposición de una condena (Rodríguez, 2012, p. 452).

2.2.5.1.3. Teorías mixtas o de la Unión

Para Bacigalupo, (1990), configurar dos orientaciones diversas de las teorías de la unión: la primera de ellas da preponderancia a la justicia sobre la utilidad, es decir la represión sobre la prevención. De acuerdo con esto, la utilidad de la pena puede contemplarse legítimamente siempre y cuando no se requiere exceder ni atenuar la pena justa.

La segunda orientación de las teorías de la unión distribuye en momentos distintos la conciencia legitimante de la utilidad y de la justicia, La utilidad es el fundamento de la pena, y por lo tanto, solo es legítima la pena que opere en forma preventiva (p. 20).

Asimismo Roxin, (1989), menciona que la forma de alcanzar esta síntesis es que en el momento de la amenaza, el fin de la pena es de prevención general; en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución la importancia la tiene el fin resocializador (prevención especial) (p.24-28).

Para Gorra, (2007), se distingue “... distintas etapas para la función de la pena: 1) el momento de la norma penal para proteger los bienes jurídicos (prevención general); 2) la imposición judicial (retribución) y 3) ejecución de la pena (resocialización)” (p.11).

2.2.5.2. Clases de Pena (Ley Peruana)

A. Pena Privativa de Libertad

Para Rodríguez, (2012), la pena privativa de la libertad constituye la privación de la libertad, convirtiéndose por ende en la de mayor gravedad, puesto que puede importar el internamiento en el establecimiento penal, esta pena puede ser **determinada e indeterminada**, en el primer caso tiene un mínimo y máximo de duración y se extiende desde los dos días hasta los 35 años, mientras que en el segundo caso no existe fecha de límite de termino, y se da precisamente con la cadena perpetua (p. 460).

B. Pena Restrictiva de Libertad

Para Rodríguez, (2012), son aquellas formas de sanción mediante la cual luego de la privación de la libertad individual al sentenciado en forma directa, se afecta además su libertad de residencia, es decir se ordena su traslado fuera de los límites territoriales, este modo de sanción lo encontramos generalmente en los delitos de tráfico ilícito de drogas y terrorismo (p. 462).

Código Penal (2009), en el Artículo 30° prescribe:

“Las penas restrictivas de libertad son: 1) la expatriación, tratándose de nacionales; y, 2) la expulsión del país, tratándose de extranjeros. Ambas se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad. La primera tiene una duración máxima de diez años.” (p. 75)

C. Penas Limitativas de derechos

Para Rodríguez, (2012), son aquellos que sin importar propiamente una privación de la libertad personal, implica una limitación a ciertos Derechos ligados a libre disposición de los actos, son llamados penas alternativas (p. 463).

Código Penal (2009), prescribe: Artículo 31°:

“Las penas limitativas de derechos son: 1) prestación de servicios a la comunidad; 2) limitación de días libres; e, 3) inhabilitación” (p. 75).

a. Prestación de Servicios a la Comunidad

Para Rodríguez, (2012), obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas. Los servicios serán asignados, en lo posible conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábado y domingos, de modo que no se perjudique la jornada normal de su trabajo habitual (p. 464).

Asimismo Jescheck, (1980), “la prestación de servicios a la comunidad, consiste en una pena de prestación de determinadas horas de trabajo no remunerado y útil a la comunidad, durante el tiempo libre” (, p. 19)

b. Limitación de días libres

Para Rodríguez, (2012), consiste en la obligación de permanecer 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 las características de un centro carcelario. Esta pena se extenderá de 10 a 156 jornadas delimitación semanales (p. 464).

c. Inhabilitación

Para Rodríguez, (2012), consiste en la supresión de los Derechos ciudadanos ligados a los Derechos políticos, sociales, económicos, familiares entre otros. Esto produce la suspensión de diversos Derechos inherentes a la persona y se encuentra debidamente delimitados en el artículo 36 del Código Penal. La inhabilitación producida según disponga la sentencia los siguientes efectos:

- Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
- Incapacidad para obtener mandato, cargo empleo o comisión de carácter público.
- Suspensión de los Derecho 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 conducir cualquier tipo de vehículo, o
- 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 (p.465).

Finalmente se puede concluir que la pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria. Como pena principal opera como una limitativa de derechos y con ello de lo que se trata es de una pena alternativa a la de privación de libertad, lo que es una moderna tendencia. Como pena accesoria ella se impone cuando el hecho punible ha sido una de abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela y su duración será igual a la de la pena principal.

D. Pena de Multa

Al respecto Rodríguez, (2012), opina que ello obliga a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días – multa, llamada también pena pecuniaria, teniendo mayor aplicación en otros países, en lo que respecta a los delitos considerados leves o de bagatela. El importe del días multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. La pena de multa se extenderá de un mínimo de 10 días- multa a un máximo de 365 días – multa, salvo disposición distinta de la ley (p. 466).

2.2.5.3. Determinación de la Pena

Para Rodríguez, (2012), en el proceso de determinación judicial de la pena (que involucra la identificación de la pena y la decisión acerca de si corresponde suspenderla o sustituirla) deben analizarse, en función de los fines de la pena, las circunstancias fácticas del ilícito y las condiciones personales de su autor (p. 466).

Asimismo González, (1991), señala que las fases para la determinación de la son el camino que se ha de recorrer por parte del poder punitivo del Estado desde la creación de la

ley que impone la pena, hasta su ejecución final. En este camino o recorrido intervienen distintos órganos e instituciones públicas. Su participación por fases cuyo fin es decidir la cantidad de pena a aplicar a una persona que ha cometido un injusto y del cual resulta culpable. (pp. 444- 445).

2.2.5.4. Suspensión de la Pena

Según Rodríguez, (2012), en cuanto al periodo de suspensión también conocido como el periodo de prueba se ha de tener en cuenta que este tiene una duración mínima de un año y máxima de tres años, de tal suerte que no se podría dictar una condena de seis meses de pena privativa de libertad suspendida por el mismo o igual plazo, ni tampoco cuatro años suspendida por dicho plazo, como erradamente se vino haciendo en nuestra ciudad, por cuanto ello implicara la trasgresión del párrafo infine del artículo 57 de nuestro acotado Código Penal (p. 461).

Asimismo García, (2004), las reglas de conducta, por lo tanto, sirve para crear las condiciones precisas para la disminución del riesgo de comisión de nuevos delitos y la promoción de circunstancias dúctiles para la reintegración comunitaria del infractor. Con esta finalidad común cabe diferenciar cuatro tipos de reglas de conducta (p. 101).

Para De La Cuesta, (2002), la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad con imposición de reglas de conducta constituye una vía de aproximación a la probation anglosajona que intensifica la orientación resocializadora de la pena suspendida (p. 131).

2.2.6. LA REPARACIÓN CIVIL

Al respecto Rodríguez, (2012), afirma que con el resultado de la comisión de un delito, surge también al Derecho el resarcimiento o indemnización a la víctima y esta consecuencia jurídica que surge por el daño y perjuicios generados al agraviado y que es absolutamente distinta a la sanción penal (pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria) es lo que se denomina reparación.

Entre ellas destacan las que se identifican como aquellas medidas que realiza el infractor de contenido simbólico (presentación de disculpa), económico, restitución, compensatorio o indemnizatorio) o material (prestación de servicio) a favor de la víctima, también se le entenderá como una forma de sanción que podrá imponerse al sujeto activo del hecho

punible en caso de hallársele culpable, o será el resultado del acuerdo en caso de que entre en un proceso transaccional con la víctima de un injusto penal (p. 490).

Asimismo Bramont A. & Bramont T. (1995), señalan que las amplias garantías concedidas a favor del derecho del perjudicado, demuestran que la ley ha atribuido también a la reparación civil el valor de un medio de lucha contra el delito, tanto más que si la pena es un mal, la reparación civil también lo es, a punto tal que, muchas veces ocasionan al autor o participe del injusto un dolor más intenso que la misma pena (pp. 295/296).

2.2.6.1. La Reparación Civil no es una pena

Para Gálvez, (2005), la rotundidad de esta afirmación no implica, sin embargo, desconocer que tanto la pena como la reparación civil derivada del delito comparten un mismo presupuesto: La realización de un acto ilícito. Con la distinción conceptual de ambas consecuencias jurídicas del delito se pretende, más bien, precisar que cada una de ellas valora el hecho ilícito desde su propia perspectiva, lo que se explica en el hecho de que parten de fundamentos distintos (p. 81).

2.2.6.2. Finalidad de la reparación civil

“la acción indemnizatoria tiene por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, por lo que acreditados estos, debe precederse a determinar el monto indemnizatorio con arreglo a los criterios de objetividad y proporcionalidad...” (Academia de la Magistratura, 1999, p.175).

Para Mir Puig, (1976), manifestó esta idea al señalar que la lucha contra el delito se acometerá más racionalmente si la reparación civil asume también un carácter político-criminal en el sentido de producir cierto efecto intimidatorio. Si bien el autor catalán le reconocía a la reparación civil una autonomía conceptual, no le negaba la función latente de producir un efecto preventivo (p. 29).

Asimismo García, (2008), afirma que el precedente vinculante de la sentencia R.N. 948-2005 Junín afirma también que la reparación civil tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima.

De esta afirmación cabe distinguir dos cuestiones. En primer lugar, se destaca de manera general la finalidad reparatoria de la reparación civil derivada del delito... En segundo lugar,

se establece el alcance de esa finalidad reparatoria, pues el precedente vincula la reparación civil con el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima. (p. 94)

La finalidad de la reparación civil es de naturaleza resarcitoria; es decir que todo daño genera la obligación de reparar o legitimar el surgimiento de la obligación resarcitoria.

A. La Restitución del bien o si no es posible, el pago de su valor

De conformidad con el artículo 94 del Código Penal, la restitución precede cuando el bien objeto del delito se encuentra en poder de terceros ajenos a su realización u origen.

En estos casos, sin embargo, aquellos pueden demandar la confusión de su valor a quienes se los suministraron solo en la medida en que el bien afectado resulte insustituible, es que el juez puede imponer el pago de su valor. Por ello entenderemos que la restitución se efectuó por coacción del juez y no puede aceptarse la oferta del condenado al pago voluntario correspondiente mientras existe la posibilidad de que sea factible la restitución (Martínez, 2012, p. 492).

B. La Indemnización de los daños y perjuicios

Para Rodríguez, (2012), con ello se busca hacer desaparecer las consecuencias lesivas ocasionadas por la perpetración del hecho antijurídico, abarcando el daño patrimonial “daño emergente y lucro cesante”, y también el daño moral. También se dice que el pago de una cantidad de dinero como compensación por el daño y perjuicios ocasionados a la víctima o a su familia con el delito (p. 493).

2.2.6.3. Determinación del monto de la reparación civil

En cuanto a la determinación del monto de la reparación civil, Martínez, (2012), llevarán consigo los siguientes factores:

- La valorización objetiva del daño y del perjuicio material y moral ocasionado en la víctima. El juzgador debe tener un claro criterio al cuantificar el monto de la reparación civil, especialmente cuando el daño es grave, como la pérdida de la vida, el sufrir lesiones físicas o psíquicas o atentando contra la libertad sexual, e incluso cuando se trata de condiciones de contenido ético social, por ejemplo al atentado contra la intimidad y el honor de la persona.

- Se tendrá en cuenta también el grado de realización del injusto penal, lo que equivale entonces a merituar las circunstancias que la reparación civil será menor e una tentativa que en un delito consumado, en un delito de lesión, que en uno en peligro, consiguientemente aun cuando no se haya producido el daño material en la tentativa o en el delito de peligro siempre que la víctima tenga derecho a la reparación económica a favor de la víctima (pp. 494- 495).

A. Lucro Cesante

Para Reglero, (2008), el LUCRO CESANTE: “es ganancia dejada de obtener o pérdida de ingresos... Este daño tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre pues la realidad es que no se llegó a obtener la ganancia, por eso hay que manejarse en términos de cierta probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias concretas para evitar que bajo este daño pretenda el perjudicado obtener la compensación por pérdidas que nunca se hubieran producido” (p. 332).

Asimismo Yzquierdo, (2001), identifica el concepto de lucro cesante con el de daño futuro. El lucro cesante puede ser tanto actual como futuro y también puede existir daño emergente actual y daño emergente futuro. Esa diferencia se puede ilustrar muy bien con un ejemplo: En un accidente de circulación con lesiones corporales será:

- 1) daño emergente actual, el coste de reposición del vehículo y los gastos de farmacia y hospital;
- 2) lucro cesante actual, los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima para trabajar mientras duró la convalecencia;
- 3) daño emergente futuro, los gastos que deberá acometer para afrontar el tratamiento de las secuelas permanentes; y
- 4) lucro cesante futuro, las ganancias que se dejaron de percibir como consecuencia de la incapacidad permanente (p. 150).

Por otra parte Santos, (1993), señala que el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso. Este juicio de probabilidad plantea los siguientes problemas:

1º) ¿En qué momento debe hacerse?

2º) ¿Quién debe hacerlo?

3º) ¿Con qué criterio? (p. 290 y ss.).

De la misma manera Santos, (1991), el *lucrum cessans* se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso”, añadiendo que “es preciso la adecuación o derivación del hecho dañoso según el curso normal de los acontecimientos” (p. 227).

B. Daño Emergente

Para Reglero, (2008), "Daño Emergente: “Son daños efectivamente producidos porque se trata de gastos efectivamente realizados o que se van a realizar (p. 330).

El daño emergente es ocasionado por el menoscabo patrimonial de la víctima a raíz de la violación de sus derechos: gastos médicos, gastos y costas en el ejercicio de la acción judicial y cualquiera otro de la naturaleza específica que se asigna a ese concepto. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 145)

Asimismo Reglero, (2002), que el daño emergente “se refiere al coste de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en lo que se ha incurrido con ocasión del perjuicio” (p. 75).

2.2.7. LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Para Ledesma, (2005), la actividad jurisdiccional implica el poder de resolver los conflictos entre los particulares o entre estos y el Estado. Es una manifestación de la soberanía del Estado derivada de la voluntad popular. Este poder se manifiesta de manera absoluta, puesto que solamente aquellas personas investidas de autoridad para juzgar lo pueden hacer y sus decisiones una vez ejecutoriadas adquieren el valor de cosa juzgada (p. 500).

Al respecto el Tribunal Constitucional (2003), considera que:

“ejercen jurisdicción los órganos de los tres poderes del Estado, conforme a la distinción que se tornará clásica luego de su formulación por Montesquieu [...], Sin embargo, en un sentido estricto, se reserva la palabra jurisdicción para designar la atribución que

ejercen los órganos encargados de administrar justicia, a la que han llamado actividad jurisdiccional, y especificado como aquella que se ejerce por un órgano independiente cuando resuelve conforme a derecho un conflicto entre partes o aplica las sanciones previstas en la ley para quien infringen sus mandatos” (EXP. N. °0023-2003-AI/TC/f.9).

A. Poder Judicial

El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en la función jurisdiccional, con sujeción a la Constitución. Asimismo, el Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso (Art. 145° de la Constitución Política del Perú).

Para Miranda, (2007), en el Perú, el Poder Judicial tiene como función el ejercicio de la potestad jurisdiccional, o potestad de administrar justicia, como lo prescribe la actual Constitución (artículo 138°, párrafo 1) la que comprende, entre otros, los siguientes actos:

- La tutela de los derechos fundamentales. - La tutela de los derechos ordinarios o intereses legítimos.
- La sanción de los delitos.
- El control de la legalidad de la actuación de las autoridades administrativas.
- El control de la constitucionalidad y la legalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria; y
- El control difuso de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de Ley.

Para un adecuado desarrollo de sus actividades jurisdiccionales, gubernativas y administrativas, el Poder Judicial se organiza en un conjunto de circunscripciones territoriales denominadas distritos judiciales, cada una de las cuales está bajo la dirección y responsabilidad de una Corte Superior de Justicia (p.86).

Asimismo Talavera, (2004), menciona que una de las características de la asunción de un modelo acusatorio o 11 adversativo es el abandono del Juez como órgano de investigación, el mismo que concentraba en su persona las funciones de averiguación y las de decisión sobre medidas restrictivas o limitativas de derechos (p. 12).

2.2.8. EL PROCESO PENAL

Según De La Oliva, (1997), define al proceso penal como el instrumento esencial de la jurisdicción, este autor señala: no es posible decir instantáneamente el derecho en casos concretos del ámbito civil, mercantil, laboral, etc. (p. 51).

Asimismo Moreno, (2000), señala que el objeto del proceso penal no se configura en un solo acto procesal sino que es fruto de la integración de sucesivos actos procesales que se producen desde la incoación del proceso, en que la delimitación de los hechos tienen solo un carácter “embrionario”, hasta la formulación de la calificación definitiva, una vez practicadas las pruebas en el juicio oral; destaca que la identidad sustancial del hecho punible a lo largo del proceso como objeto de investigación, de acusación y de la sentencia, es fundamental para determinar si el acusado ha visto vulnerado su derecho de defensa (p. 2001).

Para el tratadista Cuello (1974), establece que: “es el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que el Estado impone a los delincuentes” (P.6).

2.2.8.1. Clases de proceso penal.

De acuerdo a las normas contempladas en el Código de Procedimientos Penales y el Decreto Legislativo N° 124 promulgada el 15 de junio de 1981, se identifican dos tipos de proceso penal: el proceso penal ordinario y el proceso penal sumario, tratando en este caso, el proceso penal sumario, el cual es el proceso que nos interesa dado el delito de Usurpación agravada que se juzga.

2.2.2.8.1.1. El Proceso Penal Sumario

A. Concepto

Para Montero, (2002), el proceso penal tiene dos fases la de investigación y la de juzgamiento, en donde tienen que ser dos jueces distintos los que dirijan dichas etapas o fases procesales.

El proceso penal sumario peruano, dista mucho de estas dos etapas, pese a indicar en su artículo 3° que los procesos sumarios se rigen por las reglas del proceso ordinario, pues sólo

debe entenderse que se refiere únicamente a los plazos y las prórrogas, el plazo de investigación ordinario es de 90 días prorrogables por 60 días más; sin embargo en el sumario, considerando además que debe ser más rápido que el primero, es de 60 días, prorrogables por 30 días, mas no cuando de las dos fases procesales se refiera; ya que en los procesos sumarios no existe la etapa de juzgamiento conocido como juicio oral, simplemente bastará con que el Juez recabe durante la etapa de investigación los medios de prueba que se actúen por parte del Ministerio Público, el o los inculpados y la parte civil si la hubiese; y en base a esto, después de culminada el plazo de investigación sin más requerimientos, procederá a remitir el expediente para el dictamen fiscal correspondiente, a efectos de emitir su decisión final, la cual si partimos de que ya conoció de los medios probatorios, es casi probable que tenga una decisión previa a la acusación del Ministerio Público, denotando una vez más la parcialidad con la que actúa éste al impartir en representación del Estado el Jus Puniendi. (p. 125-126).

Asimismo Rosas, (2005), “al proceso penal sumario lo conceptualiza como aquel donde el juez penal investido de la potestad jurisdiccional plena desdobra sus funciones en investigar y la de fallar en un caso concreto puesto a su conocimiento en el plazo investigador establecido por ley, recurriendo supletoriamente a las reglas del proceso ordinario” (p. 543).

B. Características

“En el caso del proceso penal sumario las funciones de investigación y juzgamiento se concentran en una sola persona, el juez penal, lo que pone en riesgo el principio de imparcialidad en la administración de justicia, y la consiguiente desconfianza de los usuarios del sistema” (Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, 2005, p. 9)

Al respecto Sánchez (2004), menciona en su *Manual de Derecho Procesal Penal* cinco características del proceso penal sumario consagrado en el Decreto Legislativo N°124: primero, la forma de inicio del procedimiento, diligencias judiciales, intervención de las partes, el sistema de medidas cautelares y de impugnaciones son las mismas que en el procedimiento ordinario, segundo, el plazo en el procedimiento es distinto al ordinario. La instrucción es de sesenta días prorrogables, a pedido de fiscal o de oficio por el Juez, por treinta días más, tercero, no hay juicio oral, sino una sola fase de juzgamiento en la que el Juez Penal dictará sentencia previa acusación fiscal, cuarto, la sentencia puede ser

apelada ante la Sala Penal Superior, y, por último, en este procedimiento el recurso de nulidad es improcedente.

C. Inicio del proceso penal: La Denuncia

Para Adato, (2000), la denuncia “es un medio informático que se utiliza para poner en conocimiento del Ministerio Público, en forma verbal o por escrito, lo que se conoce respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos. Con la denuncia, en realidad se inicia el procedimiento penal, pues ésta da origen a la averiguación previa” (p. 34).

Asimismo Luviao, (s/f), “es la delación de hechos que se estiman delictuosos, formulada por cualquier persona humana, frente a cualquier autoridad, en el entendido que ésta tiene la obligación de hacer del conocimiento a la brevedad posible al Ministerio Público más próximo...” (p. 240).

Para Rosas (2005), la denuncia es el acto procesal consistente en una declaración de conocimiento (verbal o escrita) emitida por una persona determinada, en virtud de la cual proporciona al titular del órgano competente la noticia de la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito, asimismo, recalca que cualquier persona está facultado para denunciar los hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, siempre y cuando el ejercicio de la acción penal para perseguirlos sea público.

Finalmente se puede concluir que la denuncia es la declaración, verbal o por escrito, por la que, aunque no lo haya presenciado directamente o no le haya ocasionado perjuicio.

D. La Instrucción

La Constitución establece en el artículo 159, inciso 1, que corresponde al Ministerio Público la misión de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; asimismo, el inciso 5 del mismo artículo encarga al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte.

En ese sentido, corresponde a los fiscales – representantes del Ministerio Público- hacer ejercicio de la titularidad de la acción penal pública y, una vez conocida la denuncia o noticia criminal, proceder a formalizarla ante el juez penal si lo estima procedente, conforme

a lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo 52. (p. 226-227)

E. Principio de Oportunidad: Ley N° 28117 Al respecto el Tribunal Constitucional (2006) ha establecido que mediante el presente proceso de hábeas corpus se reclama una doble afectación a los derechos del favorecido; así, de un lado cuestiona que:

a) el Director emplazado, con conocimiento de la secuela de la investigación fiscal por el delito contra la seguridad pública–conducción en estado de ebriedad, la aplicación del principio de oportunidad y el correspondiente archivamiento definitivo, dio inicio al procedimiento administrativo sancionador para luego aplicarle la sanción impugnada; y de otro:

b) se impugna la Resolución Fiscal de fecha 25 de julio de 2005, mediante la cual se opina por la improcedencia de la solicitud de intervención del Ministerio Público a fin de que oficie al Director aludido para que deje sin efecto el proceso administrativo. (EXP. N. ° 2405-2006-PHC/TC/f. 3).

De otro lado, la definición legal del Principio de Oportunidad la hallamos en el artículo segundo del Código Procesal Penal (2009), el cual señala que el “El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada.
2. Cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos años de pena privativa de libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.
3. Cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito, o en su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

En los supuestos previstos en los incisos 2) y 3) será necesario que el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil.

Si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el Juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del Principio de Oportunidad.

Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el Juez podrá, a petición del Ministerio Público, o de la parte agraviada, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos, en un plazo no mayor de diez días.

En los delitos de Usurpación agravada, hurto simple y apropiación ilícita de los artículos 12°, 185° y 190° del Código Penal y en los delitos culposos, en los que no haya pluralidad de víctimas o concurso con otro delito, antes de formalizar la denuncia penal, el Fiscal citará al imputado y a la víctima para proponerles un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen en el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal formalizará la denuncia correspondiente."

Para Torres, (1994), el Principio de Oportunidad: Un Criterio de Justicia y Simplificación Procesal. Editorial Gráfica Horizonte. 1994 El Principio de Oportunidad es la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado (s/p).

Procedimiento para aplicar el principio de oportunidad.

El Principio de Oportunidad puede ser solicitado y aplicado a nivel fiscal e, incluso, después de formulada la denuncia penal ante el Juzgado Penal.

El Fiscal Provincial, al tomar conocimiento (de oficio, por informe policial o por denuncia de parte) de la existencia de un delito y apreciar indicios razonables de su comisión, así como de la participación del imputado en su realización y, siempre que el hecho revista alguna de las características previstas en el artículo 2° del Código Procesal Penal, procederá a dar inicio al trámite para la aplicación del Principio de Oportunidad. Y en el

supuesto en que la acción penal ya hubiera sido ejercida y el caso se encontrare a nivel judicial, el Fiscal podrá (a petición del agraviado) solicitar el sobreseimiento al Juez, conforme a los supuestos expresados por ley, hasta antes de la acusación. (Salas B.,2007)

F. Formalización de Denuncia Penal

Para Sánchez, (2011), el efecto de la formalización de la denuncia ante el órgano jurisdiccional, es doctrina predominante en nuestro medio que no se requiere una convicción plena de parte del fiscal sobre los hechos atribuidos ni de la vinculación de los elementos probatorios con el autor, pues, precisamente y de acuerdo con el modelo mixto del Código de Procedimientos Penales le corresponde al juez la investigación judicial formal llamada instrucción.

Por lo tanto, se debe exigir al fiscal que los resultados de la investigación preliminar concluyan, de ser el caso, en un juicio jurídico razonable sobre la realización del delito y la participación del imputado en éste; y fundamentar la necesidad de pasar a la investigación judicial. En este punto es gravitante la calificación jurídica inicial que hace la fiscalía en orden a esperar su aceptación por el juez y de esta manera cumplir con el mandato constitucional de ejercitar la acción penal e intervenir en el proceso en la defensa de la legalidad y la persecución del delito. (p. 228).

G. Dictamen de Acusación Fiscal

El V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República (2009), señala a partir del Fundamento 6° del Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, con respecto al control de la acusación fiscal, que en este acto del Ministerio Público, el Fiscal fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional.

Los artículos 225° del antiguo Código de Procedimientos Penales, 349° del Nuevo Código Procesal Penal y 92°, inciso 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común

de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber sido comprendido como tal mediante un acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción –fiscal o judicial, según se trate del Nuevo Código Procesal Penal o del Antiguo Código de Procedimientos Penales, respectivamente.

Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba. Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se le atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Siempre manteniendo una debida motivación.

La acusación fiscal es el acto procesal donde el Ministerio Público ejerce su función acusadora ante el órgano jurisdiccional formulando los cargos de incriminación contra una persona determinada, proponiendo una pena y reparación civil, teniendo así el acusado perfectamente definido los límites de la imputación en base a los cuales va a tener que realizar su defensa. (Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Especializada Penal con Reos en Cárcel, 2011, en Exp. N° 99-09-0)

H. Auto de Apertura de Instrucción

Según la RAE Jurisprudencia (2008), el auto de apertura de instrucción determina no sólo el inicio del proceso penal, sino también el curso de la investigación..., asimismo, el juez instructor tiene tres opciones ante una denuncia fiscal provincial: i) Dictar el auto apertorio de instrucción; ii) Denegar el procesamiento penal; o iii) Devolver la denuncia. En cuanto a la primera opción, debemos mencionar que el auto apertorio de instrucción es inimpugnable..., no obstante en cuanto a los extremos que establecen medidas cautelares tanto personales como reales, éstos si son apelables. (...) El artículo 77° del Código de Procedimientos Penales (modificado por Ley N° 28117) establece requisitos de procesabilidad concurrentes para abrir instrucción (...) En cuanto a la motivación y contenido del auto apertorio de instrucción, la norma procesal establece que dicho auto deberá ser motivado y, en consecuencia, contendrá los siguientes puntos:

- Los hechos denunciados. Se debe realizar un relato circunstanciado, preciso y pormenorizado de los hechos con relevancia penal que se atribuyen al imputado.
- Los elementos de prueba en que se funda la imputación. Se debe valorar si los indicios recolectados guardan relación con la comisión del delito y si acreditan la condición de autor o partícipe del inculpado.
- La calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado. Se debe describir y enunciar de manera precisa la concreta modalidad típica que conforman los hechos que sustentan la denuncia.
- La motivación de las medidas cautelares de carácter personal y real. Deberá contener la fundamentación de cada uno de los presupuestos materiales (prueba suficiente, pena probable y peligro procesal); además se debe establecer en la resolución la razón que justifica la aplicación de la medida.
- La orden del procesado de concurrir a prestar su instructiva.
- Las diligencias que deben practicarse en la instrucción. Estas constituyen las primeras diligencias a realizarse a fin de reunir los medios probatorios que permitirán esclarecer los hechos materia de imputación, sobre la base de éstos se abrirá paso a nuevos actos de investigación.

I. Constitución de Parte Civil

El código de Procedimientos Penales (2009), señala en el Artículo 55°, que: “El que solicita constituirse en parte civil puede formular su pedido verbalmente o por escrito ante el juez instructor. El pedido verbal se hará constar en acta especial. La resolución que corresponda la dictará el juez de inmediato. Procede apelación contra el auto que desestime la solicitud” (p. 327)

J. La Sentencia

Para San Martín, (2006), siguiendo a Gómez O. (2001), sostiene que la sentencia es el acto jurisdiccional que cierra la instancia, decidiendo definitivamente la cuestión judicial.

Por otra parte Abreu y Mejías, (2000), la sentencia se presenta como una serie de enunciados y argumentos que terminan mostrando un silogismo, cuando menos. Se afirma

que en la sentencia el juez normalmente construye múltiples silogismos que, a la postre, se muestran necesarios para justificar el silogismo que encierra la solución concreta del caso que se erige como norma individual y concreta (p. 41).

Asimismo Cafferata, (1998) expone: dentro de la tipología de la sentencia, tenemos a la sentencia penal, que es el acto razonado del Juez emitido luego de un debate oral y público, que habiendo asegurado la defensa material del acusado, recibido las pruebas con la presencia de las partes, sus defensores y el fiscal, y escuchados los alegatos de estos últimos, cierra la instancia concluyendo la relación jurídica procesal resolviendo de manera imparcial, motivadamente y en forma definitiva sobre el fundamento de la acusación y las demás cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo al acusado.

Para Zerpa, (1989), “supone que el juez realiza un proceso discursivo dirigido a la justificación de una solución. Por eso se afirma igualmente que el razonamiento que conduce a la sentencia es: problemático, práctico, valorativo y retórico (pp. 305-312).

K. La Etapa de Impugnación: Apelación

Según Roxin, (2000), la sentencia de apelación contiene un segundo pronunciamiento sobre la controversia, que implica aceptar que la sentencia decisora de la apelación se pronuncia de nuevo sobre el objeto del proceso y que el tribunal de segunda instancia puede llegar a un pronunciamiento distinto del declarado en la resolución apelada con independencia o no del acierto o corrección de ésta última, en consonancia con el objeto de la apelación, en la audiencia oral [...] no se examina solamente si la decisión de la primera instancia era correcta o no lo era y por ello la instancia de apelación es, en cierto modo, una segunda primera instancia (p. 461).

En opinión de Hinostroza, (1999), la apelación es aquel recurso ordinario y vertical o de alzada formulado por quien se considera agraviado con una resolución judicial (auto o sentencia) que adolece de vicio o error y encaminada a lograr que el órgano jurisdiccional superior en grado al que la emitió la revise y proceda a anularla o revocarla, ya sea total o parcialmente dictando otra en su lugar u ordenando al Juez a quo, que expida una nueva resolución de acuerdo a los considerandos de la decisión emanada del órgano revisor. (p.105)

Para De La Oliva, (1997), el Recurso de Apelación viene a ser el medio impugnatorio por excelencia – debido a la amplia libertad de acceso a éste- al que se le encomienda la función de hacer efectivo el tan mentado Derecho al recurso (p.980).

El derecho al recurso- y en este caso, la apelación- debe estar orientado, tal como señala García Ramírez, a proteger los derechos humanos del individuo y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no solo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior – que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales—debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de estas, las normas invocadas y la aplicación de ella (3Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez. Numeral 31).

2.2.8.2. Las Partes del Proceso

A. El Agraviado

Para Rosas (2005), el “... agraviado es la persona (individual o jurídica) que ha recibido directamente un menoscabo al bien jurídico protegido por la ley penal”. (p.412).

Asimismo German, (1995), sostiene que frente al delincuente, la víctima: el sujeto individual o colectivo, titular del bien jurídico que a través de la prohibición penal se intenta salvaguardar y proteger, sujeto en ocasiones genérico pero que habitualmente coincide con el llamado sujeto pasivo de la acción, víctima directa del actuar el llamado sujeto pasivo de la acción, víctima directa del actuar delictivo (p. 245).

Según Font, (1991), “... es de observar que el agraviado o sujeto pasivo es el ofendido que ha sufrido un daño criminal, mientras que el perjudicado es el sujeto pasivo del daño civilmente indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el ilícito civil generador de obligaciones que, además, es delito, cualidades ambas que pueden coincidir o no “(p. 27).

B. La Parte Civil

Del mismo modo, Cubas, (2009), señala: “el actor civil tiene en el proceso penal el derecho de intervenir solo para acreditar los hechos y los daños y perjuicios que le hayan ocasionado. Este es el límite que tiene (p. 237).

El maestro argentino Maier, (2004), sostiene, al respecto, que “el ofendido (...) puede aprovechar el procedimiento penal (...) para plantear en él, por iniciativa propia, su pretensión reparatoria” (p. 628).

Sobre el particular, Sánchez, (2006), acota: “Su naturaleza jurídica es de índole civil, su interés económico y se requiere de toda una formalidad para su intervención en el proceso penal. De allí que se le prohíba la pretensión (p.152).

Por su parte, el doctrinario español Moreno, (2001), define a la parte civil como “ (...) todo órgano o persona que deduce en un proceso penal una pretensión patrimonial que trae causa de los hechos delictivos por los que se procede” (p. 127).

Para la parte civil o actor civil, tal como lo menciona Manrique, (2009), es aquel... que se encuentra legitimado para ejercitar el ejercicio de la acción civil, en base a la ley respectiva, para reclamar por el daño emergente del hecho punible así como sus herederos. El actor civil es el sujeto particular que se introduce en el proceso mientras esté pendiente la acción penal, haciendo valer la pretensión civil surgida del mismo hecho contenido en la imputación. (p. 23-24)

Finalmente, en jurisprudencia vinculante la Corte Suprema ha determinado que “ (...) la constitución en parte civil del agraviado solo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización o reparación civil (...) ” (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. R. N. N° 1538 – 2005, Fundamento Jurídico 4).

C. El Imputado

Para Moreno, (1997), conceptúa que el inculpado es la parte pasiva necesaria del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, al imputársele la comisión de hechos delictivos con la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia. (p. 180).

Asimismo, Gómez (1995), señala que la parte pasiva del proceso penal recibe varias denominaciones según el momento y desarrollo del proceso penal, como imputado, procesado, acusado, condenado o reo, etc., siendo la denominación general más aceptable la de inculpado. (p. 241).

Por su lado, Caroca (1996), señala que el tercer sujeto procesal considerado en el proyecto es el imputado, es decir, el sujeto activo del delito que se convierte en sujeto pasivo del proceso. (p. 351); sin embargo, en contraste Rosas (2005), precisa que en la actualidad se le reconocen al imputado derechos protegidos constitucionalmente, de modo que no está indefenso, pudiendo, por ejemplo, no declarar contra sí mismo. De este modo, el imputado es un participante con derechos independientes que toma parte en el proceso. Esto es, es un sujeto activo del proceso (p. 399).

Por otra parte Manrique, (2009), el imputado “es la persona, señalada de haber cometido un hecho punible, contra la que el Estado ejerce la persecución penal (...) Una persona se convierte en sindicado o imputado desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra, momento en el cual nace el derecho de defensa” (p. 22).

D. El Ministerio Público

Para Levano, (2009), los antecedentes de la institución muestran datos que por lo general son parciales, carecen de continuidad o se diluyen en el devenir histórico, surgiendo en esa oscuridad reinante la figura de los “Procuradores Fiscales” y “Fiscales”, quienes con el transcurso del tiempo se erigirían en los más genuinos representantes de la referida institución ministerial, a pesar que algunos autores insisten en atribuirle antecedentes remotos en Grecia y Roma, se trata en el fondo de una institución característica de la civilización occidental.

”La primera vez que el Estado actuó en defensa de la sociedad, bajo la forma de Ministerio Público, fue en la antigüedad clásica, en la legislación griega. El hecho habría ocurrido el año 559 a.c., vigente el Código de Dracón. En la actualidad, priman tres denominaciones, la de Ministerio Fiscal (de origen español), la de Ministerio Público (francés) y la de Público Ministerio (italiano) de las cuales, nuestro país, ha adoptado la segunda: Ministerio Público. Sin embargo, a diferencia del nuestro, Argentina ha preferido la denominación de Ministerio Fiscal o Ministerio Público Fiscal (p.03).

Asimismo Angulo, (2007), el concepto amplio, la palabra “Ministerio” alude a todo aquello que es necesario para la ejecución de la ley; mientras que, lo” Público”, implica una relación de pertenencia con todo el pueblo refiriéndose a la aplicación jurisdiccional (p. 40).

Por otra parte Rubio, (2007), en la Carta Política de 1993, optó también por mantener al Ministerio Público como Órgano Autónomo del Estado, es decir, independiente de sus decisiones, teniendo por finalidad principal velar por la adecuada administración de justicia en representación de la sociedad. “No es un Contralor ni un censor de la labor de los tribunales y juzgados, pues no tienen capacidad de imponer las decisiones ni pedir sanciones para ellos. Cumple sus labores realizando investigaciones, acompañando permanentemente el trabajo de los Magistrados y ejercitando derechos diversos de intervención dentro de los procesos (p. 55).

De la misma manera San Martín, (2003), menciona que en todos los países civilizados, el Ministerio Público es considerado como una institución tradicional en la estructura de la administración de justicia y su existencia en el ámbito jurídico tiene íntima relación con la evolución de la función represiva que primitivamente se ejerció mediante la venganza privada (Ley del Talión), luego la función represiva pasó a la divinidad, desligándose de su estructura privatista y haciéndose justicia en representación de la divinidad, para posteriormente hacerla residir en el “interés social” o “interés público”, impartándose justicia por Tribunales, a donde acudía la víctima o sus parientes, acusando y aceptando la decisión del tribunal (p. 234.).

La Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 52 del 19 de Marzo de 1981, Título I, Disposiciones Generales, artículo 1° indica que:

“El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos; la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación” (Grande, 2007,p. 06).

E. La Policía Nacional del Perú

La Policía Nacional del Perú es una institución del Estado creada para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas. Es profesional y jerarquizada. Sus integrantes representan la ley, el orden y la seguridad en toda la República y tienen competencia para intervenir en todos los asuntos que se relacionan con el cumplimiento de su finalidad fundamental. (LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ, artículo 2).

Señala el Instituto de Defensa Legal (2003), que:

De acuerdo con la Constitución y con su propia Ley Orgánica, la Policía tiene entre sus funciones investigar el delito, pero bajo la dirección del Ministerio Público, institución encargada, por mandato constitucional, de conducir la referida investigación (artículo 159, inciso 4 de la Constitución Política de 1993).

Asimismo, citando a San Martín, explica que la policía, en su función específica de policía judicial, es considerada un órgano destinado a la investigación y el esclarecimiento de los delitos. Le corresponde investigar los delitos públicos y actuar inmediatamente, a fin de comprobar su comisión y descubrir a los delincuentes, así como detenerlos si mediara flagrancia delictiva. Está facultada tanto para recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito que corran el riesgo de desaparecer y ponerlos a disposición judicial, cuanto para iniciar la correspondiente actividad pericial –a través de sus laboratorios científicos, en los casos que resultara procedente– con el fin de ofrecerla junto con el resto de la investigación (p. 144).

F. Los Órganos Jurisdiccionales

El Juez Penal

El Juez es un funcionario del Estado que ejerce un determinado poder denominado “poder jurisdiccional”. A ello hacen referencia tanto las teorías objetivas de lo jurisdiccional – que hacen radicar la esencia de la función en la facultad de solucionar un conflicto – como las teorías subjetivas de lo jurisdiccional – que explican la función por la potestad de aplicar el Derecho al caso concreto. (Binder, 2000, p. 294).

2.2.9. EL DELITO DE VIOLACION SEXUAL

Instituciones jurídicas previas, para abordar el delito investigado en el proceso judicial en estudio

2.2.9.1. La teoría del delito

El derecho penal material, se constituye en una teoría que permite establecer cuándo un determinado comportamiento es delito, y, habilita el ejercicio de la represión estatal. A esta teoría se le denomina Teoría del Delito, y, dentro de sus componentes, se encuentran las siguientes teorías:

2.2.9.2. Componentes de la Teoría del Delito

A. Teoría de la tipicidad. Mediante la tipicidad, el legislador establece una determinada solución o castigo (causal de aplicación del poder punitivo), para una determinada forma de actuar que resulta lesiva para la sociedad, para que así, los individuos de la sociedad puedan adecuar su actuar conforme a lo exigido por el ordenamiento jurídico, debiendo para tal efecto, describir en forma clara, precisa y comprensible la conducta exigida o prohibida, de manera general y abstracta (Navas, 2003).

B. Teoría de la antijuricidad. Esta teoría se fundamenta en que el tipo penal, como elementos objetivos y subjetivos, es la descripción de la materia penalmente prohibida dotada de significado social, mientras que la antijuricidad presupone el verdadero desvalor o reproche jurídico al ser una contradicción entre la norma penal prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto, por lo que no puede haber antijuricidad sin tipicidad previa, así, desde la concepción de la teoría finalista, la tipicidad es indicio de que la conducta es antijurídica (Plascencia, 2004).

C. Teoría de la culpabilidad. La teoría dominante actual del finalismo, considera a la culpabilidad como el juicio de reproche al autor por la realización de una conducta antijurídica, tratándose de un reproche personal del agente que pudo actuar de otra manera; teniendo como elementos de esta reprochabilidad a la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad (error de tipo) , la imposibilidad de poder actuar de otra manera, la no posibilidad de motivarse conforme a la norma (error de prohibición inevitable) (Plascencia, 2004).

2.2.9.3 Consecuencias jurídicas del delito

Luego de que la teoría del delito establece qué comportamientos son considerados como tal y merecen una represión estatal (habiendo determinado su tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), entran en juego otras teorías que se encargan de establecer las consecuencias jurídicas que le son imputables a cada conducta ilícita, lo que supone una respuesta estatal punitiva (con el establecimiento de una pena o alguna alternativa a la misma que sirva para cumplir los fines de resocialización establecidos en la constitución), así como la generación de una obligación de carácter civil, por las consecuencias de la acción ilícita cometida para reparar el daño causado. Así, tenemos:

A. Teoría de la pena

La teoría de la pena, ligada al concepto de la teoría del delito, vendría a ser la consecuencia jurídica aplicable por su comprobación, es decir, luego de comprobadas la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, así como señala como señala Frisch (2001), citado por Silva Sánchez (2007), la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad no es sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito, pues depende básicamente de las categorías del injusto objetivo (acción y resultado), del injusto subjetivo y de la culpabilidad.

B. Teoría de la reparación civil. Para el autor Villavicencio Terreros (2010), la reparación civil no es una institución completamente civil, ni una consecuencia accesoria de la imposición de una sanción penal, sino que es un concepto autónomo que se fundamenta en el campo del castigo y en la prevención, sirviendo para cumplir con uno de los fines del derecho penal, en el ámbito de la prevención como sanción económica, y la restauración de la paz jurídica reparando el daño, eliminando en cierto grado la perturbación social originada por el delito.

2.2.9.4. Del delito investigado en el proceso penal en estudio

Identificación del delito investigado

De acuerdo a la denuncia fiscal, los hechos evidenciados en el proceso en estudio, y las sentencias en revisión, el delito investigado fue: Violacion sexual casación N° 308-2018/Moquegua

Ubicación del delito de violación sexual en el Código Penal

El delito de violación sexual, se encuentra comprendido en el Código Penal, está regulada en el Libro Segundo. Parte Especial. Delitos, Título IX: Delitos Contra La Libertad Sexual.

2.2.9.5. El delito de violación sexual

a. Bien jurídico

El bien jurídico tutelado es libertad sexual.

b. Objeto de la acción en el delito de libertad sexual

c. Tipo básico de violación sexual (Art. 173° C. P)

El delito de violación sexual está previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece- ley vigente cuando se cometió el delito-. La pena que establece es no menor de treinta años ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad.

d. Objeto material en el Delito de violación sexual

El objeto material en relación es menester tener presente que las exigencias que determinan la aplicación de la pena no se agotan en el Principio de Culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta la norma de orden público Principio de Proporcionalidad de las sanciones contemplando en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, procurando la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse, por lo que está permitido en nuestro ordenamiento penal que frente a determinadas circunstancias el órgano jurisdiccional puede rebajar la pena para sancionar el injusto penal acreditado, aún por debajo del mínimo legal establecido, y que estas en el fondo deben cumplir los fines de la pena, conforme lo prevé el numeral seis del artículo cinco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma contemplada en el numeral veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal. [R. N. N° 2246-2013-AYACUCHO. FJ. 3.2]

A tenor del artículo 45-A del Código Penal, respecto de la individualización de la pena, se hará atendiendo 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; y
- c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

Acorde con el principio de legalidad la pena prevista en el artículo 173°, primer párrafo, numeral 1), la pena que debe imponerse es la cadena perpetua. La cadena perpetua es una pena tasada, sin posibilidad de ninguna alternativa distinta. [R.N. N° 361-2013-Ayacucho. Fundamento Sexto.] Por lo cual en principio no corresponde efectuar el cálculo en base al sistema de los tercios.

No obstante a tenor del Artículo 22° del Código Penal. Responsabilidad restringida por la edad. (Modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 de julio del 2015, vigente al momento de los hechos). “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún 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.” Pero este mismo artículo señala que “Está 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 perpetúa.”

Otro punto a tener en cuenta es el de la ponderación que se debe efectuar, por el principio de proporcionalidad, que busca lograr una concordancia razonable entre la entidad del injusto (lesión al bien jurídico, gravedad o no de las modalidades de ataque, etc.); la culpabilidad (accesibilidad normativa, imputabilidad etc.) y la entidad de la consecuencia jurídica aplicable, incluyendo, en su ámbito de influencia, la prohibición del exceso. La proporcionalidad dice el supremo tribunal implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre el ilícito y la sanción; la cual se asienta en una ponderación fijada por el legislador en una ley (proporcionalidad abstracta), y en la valoración que el Juez realiza en el caso concreto (proporcionalidad concreta). La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad, debe ponderarse los siguientes factores: a)

Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, que en el presente caso el consentimiento es irrelevante más teniendo en cuenta la edad de la agraviada (doce años); b) Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años, que en el caso concreto la víctima tenía doce años de edad, por lo cual no se puede considerar que haya habido una distancia temporal inmediatamente anterior a los catorce; c) Afectación psicológica mínima de la víctima, en la pericia psicológica se concluye que sí existe “afectación emocional”; d) Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo, el acusado tenía treinta y cuatro años cumplidos, y la menor doce años, existiendo una diferencia de 17 años. Por todo lo cual consideramos que la ponderación que se debe efectuar en el caso concreto para la determinación de la pena que bien podría influir en la rebaja, no tiene la suficiente trascendencia. [Cfr. Casación N° 335-2015-Del Santa. F.J. 42 y 43]

e. Acción típica en el Delito de violación sexual (art.173°)

Artículo 173° del Código Penal. “El que tiene acceso carnal por vía vaginal (...) introduciendo (...) partes del cuerpo (...) 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 los delitos contra la libertad —violación sexual— el legislador busca proteger el derecho a la libertad sexual, entendida en un doble sentido: un derecho a la libertad, a la autodeterminación sexual en los mayores de edad y un derecho a la indemnidad e intangibilidad de los menores de edad. [R.N. N° 115-2004-Junín.] En esta clase de delitos se ha dicho con acierto en reiteradas ocasiones “la ley tiende a tutelar (...) principalmente su indemnidad sexual, pues, es la inocencia de la menor, cuyo desarrollo Sicoemocional se ve afectado por estos comportamientos delictivos”. [R.N. N° 3580-2002-Lima.]

2.2.10. LA SENTENCIA

2.2.10.1. Definiciones

Para, San Martín (2006), siguiendo a Gómez O. (2001), sostiene que la sentencia es el acto jurisdiccional que cierra la instancia, decidiendo definitivamente la cuestión judicial.

A su turno, Cafferata, (1998) exponía dentro de la tipología de la sentencia, tenemos a la sentencia penal, que es el acto razonado del Juez emitido luego de un debate oral y público, que habiendo asegurado la defensa material del acusado, recibido las pruebas con la presencia de las partes, sus defensores y el fiscal, y escuchados los alegatos de estos últimos, cierra la instancia concluyendo la relación jurídica procesal resolviendo de manera imparcial, motivadamente y en forma definitiva sobre el fundamento de la acusación y las demás cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo al acusado.

2.2.10.2. Estructura

La sentencia como acto jurisdiccional, evidencia una estructura básica de una resolución judicial, compuesta por una parte expositiva, considerativa y resolutive; pero además, deben tenerse en cuenta las especiales variantes de la misma cuando se da tanto en primera como en segunda instancia, así, tenemos:

2.2.10.3. Contenido de la Sentencia de primera instancia A) Parte Expositiva. Es la parte introductoria de la sentencia penal. Contiene el encabezamiento, el asunto, los antecedentes procesales y aspectos procedimentales (San Martín, 2006); los cuales, se detallan de la forma siguiente:

a) Encabezamiento. Es la parte introductoria de la sentencia que contiene los datos básicos formales de ubicación del expediente y la resolución, así como del procesado, en la cual se detalla: a) Lugar y fecha del fallo; b) el número de orden de la resolución; c) Indicación del delito y del agraviado, así como las generales de ley del acusado, vale decir, sus nombres y apellidos completos, apodo, sobrenombre y sus datos personales, tales como su edad, estado civil, profesión, etc.; d) la mención del órgano jurisdiccional que expide la sentencia; e) el nombre del magistrado ponente o Director de Debates y de los demás jueces (San Martín, 2006); (Talavera, 2011).

b) Asunto. Es el planteamiento del problema a resolver con toda la claridad que sea posible, siendo que, si el problema tiene varias aristas, aspectos, componentes o imputaciones, se formularan tantos planteamientos como decisiones vayan a formularse (San Martín, 2006).

c) Objeto del proceso. Es el conjunto de presupuestos sobre los cuales el juez va a decidir, los que son vinculantes para el mismo, puesto que, suponen la aplicación del principio

acusatorio como garantía la inmutabilidad de la acusación fiscal y su titularidad de la acción y pretensión penal (San Martín, 2006).

Asimismo, el objeto del proceso lo conforman:

i) Hechos acusados. Son los hechos que fija el Ministerio Público en la acusación, los que son vinculantes para el juzgador e impiden que este juzgue por hechos no contenidos en la acusación, que incluya nuevos hechos, ello como garantía de la aplicación del principio acusatorio (San Martín, 2006).

ii) Calificación jurídica. Es la tipificación legal de los hechos realizada por el representante del Ministerio Público, la cual es vinculante para el juzgador (San Martín, 2006).

iii) Pretensión penal. Es el pedido que realiza el Ministerio Público respecto de la aplicación de la pena para el acusado, su ejercicio supone la petición del ejercicio del Ius Puniendi del Estado (Vásquez Rossi, 2000).

iv) Pretensión civil. Es el pedido que realiza el Ministerio Público o la parte civil debidamente constituida sobre la aplicación de la reparación civil que debería pagar el imputado, la cual no forma parte del principio acusatorio, pero dada su naturaleza civil, su cumplimiento implica el respeto del principio de congruencia civil, que es el equivalente al principio de correlación, por cuanto el juzgador está vinculado por el tope máximo fijado por el Ministerio Público o el actor civil (Vásquez Rossi, 2000).

d) Postura de la defensa. Es la tesis o teoría del caso que tiene la defensa respecto de los hechos acusados, así como su calificación jurídica y pretensión exculpante o atenuante (Cobo del Rosa, 1999).

B) Parte considerativa. Es la parte que contiene el análisis del asunto, importando la valoración de los medios probatorios para el establecimiento de la ocurrencia o no de los hechos materia de imputación y las razones jurídicas aplicables a dichos hechos establecidos (Perú: Academia de la Magistratura, 2008).

C) Parte resolutive. Esta parte contiene el pronunciamiento sobre el objeto del proceso y sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y de la defensa (principio de exhaustividad de la sentencia), así como de los incidentes que quedaron

pendientes en el curso del juicio oral. La parte del fallo debe ser congruente con la parte considerativa bajo sanción de nulidad (San Martín, 2006).

2.2.10.4. Contenido de la Sentencia de segunda instancia

Es aquella sentencia expedida por los órganos jurisdiccionales de segunda instancia.

La estructura lógica de la sentencia es como sigue:

A) Parte expositiva

a) Encabezamiento. Esta parte, al igual que en la sentencia de primera instancia, dado que presupone la parte introductoria de la resolución. (Vescovi, 1988).

b) Objeto de la apelación. Son los presupuestos sobre los cuales el juzgador resolverá, importa los extremos impugnatorios, el fundamento de la apelación, la pretensión impugnatoria y los agravios (Vescovi, 1988).

. **Extremos impugnatorios.** El extremo impugnatorio es una de las aristas de la sentencia de primera instancia que son objeto de impugnación (Vescovi, 1988).

. **Fundamentos de la apelación.** Son las razones de hecho y de derecho que tiene en consideración el impugnante que sustentan su cuestionamiento de los extremos impugnatorios (Vescovi, 1988).

. **Pretensión impugnatoria.** La pretensión impugnatoria es el pedido de las consecuencias jurídicas que se buscan alcanzar con la apelación, en materia penal, esta puede ser la absolución, la condena, una condena mínima, un monto mayor de la reparación civil, etc. (Vescovi, 1988).

. **Agravios.** Son la manifestación concreta de los motivos de inconformidad, es decir que son los razonamientos que relacionados con los hechos debatidos demuestran una violación legal al procedimiento o bien una inexacta interpretación de la ley o de los propios hechos materia de la litis (Vescovi, 1988).

. **Absolución de la apelación.** La Absolución de la apelación es una manifestación del principio de contradicción, que si bien es cierto, el recurso de apelación es una relación

entre el órgano jurisdiccional que expidió la sentencia agraviosa, y el apelante (Vescovi, 1988).

. **Problemas jurídicos.** Es la delimitación de las cuestiones a tratar en la parte considerativa y en la decisión de la sentencia de segunda instancia, las que resultan de la pretensión impugnatoria, los fundamentos de la apelación respecto de los extremos planteados, y la sentencia de primera instancia, puesto que no todas los fundamentos ni pretensiones de la apelación son atendibles, solo las que resultan relevantes (Vescovi, 1988).

B) Parte considerativa

a) Valoración probatoria. Respecto de esta parte, se evalúa la valoración probatoria conforme a los mismos criterios de la valoración probatoria de la sentencia de primera instancia, a los que me remito.

b) Juicio jurídico. Respecto de esta parte, se evalúa el juicio jurídico conforme a los mismos criterios del juicio jurídico de la sentencia de primera instancia, a los que me remito.

c) Motivación de la decisión. Respecto de esta parte, se aplica la motivación de la decisión conforme a los mismos criterios de motivación de la sentencia de primera instancia, a los que me remito.

C) Parte resolutive. En esta parte, debe evaluarse si la decisión resuelve los puntos de la apelación planteados inicialmente, así como si la decisión es clara y entendible; para tal efecto, se evalúa:

a) Decisión sobre la apelación. Para asegurar una adecuada decisión sobre el sustento impugnatorio planteado, debe evaluarse:

. **Resolución sobre el objeto de la apelación.** Implica que la decisión del juzgador de segunda instancia debe guardar correlación con los fundamentos de la apelación, los extremos impugnados y la pretensión de la apelación, es lo que la doctrina denomina como el principio de correlación externa de la decisión de segunda instancia (Vescovi, 1988).

. **Prohibición de la reforma peyorativa.** Es un principio de la impugnación penal, la que supone que el juzgador de segunda instancia, a pesar de que puede evaluar la decisión del juez de primera instancia y reformarla conforme a la pretensión impugnatoria, no puede reformar la decisión del juzgador por dejado de lo pretendido por el apelante (Vescovi, 1988).

. **Resolución correlativamente con la parte considerativa.** Esta parte expresa el principio de correlación interna de la sentencia de segunda instancia, por la cual, la decisión de segunda instancia debe guardar correlación con la parte considerativa (Vescovi, 1988).

. **Resolución sobre los problemas jurídicos.** Respecto de esta parte, es una manifestación del principio de instancia de la apelación, es decir que, cuando el expediente es elevado a la segunda instancia, este no puede hacer una evaluación de toda la sentencia de primera instancia, sino, solamente por los problemas jurídicos surgidos del objeto de la impugnación, limitando su pronunciamiento sobre estos problemas jurídicos, sin embargo, el juzgador puede advertir errores de forma causantes de nulidad, y declarar la nulidad del fallo de primera instancia (Vescovi, 1988).

b) **Presentación de la decisión.** Respecto de esta parte, la presentación de la sentencia se hace con los mismos criterios que la sentencia de primera instancia, a los que se remito el presente contenido.

2.2.11. LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

2.2.11.1. Definición

Monroy (2003), sostiene que es el instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez, el mismo u otro de jerarquía superior, realicen un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque, total o parcialmente (s. p).

Cubas (2003), el recurso puede concebirse como el medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea benigno.

Finalmente, Guillén (2001), “Las impugnaciones son interpuestas para que el superior jerárquico efectúe un nuevo estudio de las resoluciones y arribe a una solución justa, adecuada e imparcial” (p. 269).

2.2.11.2. Clases de medios impugnatorios en el proceso penal

A) El recurso de apelación

Cubas (2003) expone que es la denominación, que se le asigna a un recurso impugnativo mediante el cual, quien se considere perjudicado por una resolución judicial o el representante del Ministerio Público, puede acudir ante el órgano superior inmediato, con el propósito de que se vuelva a analizar los actuados y se dicte otro fallo, lo cual supone una nueva valoración de las pruebas.

B) El recurso de nulidad

Jerí (s. f.) sostiene que “el recurso de nulidad, es un medio impugnatorio de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios que se ejercitan en el procedimiento penal peruano” (p. 1)

Además Jerí (s. f.) mencionando a García Rada, “expone que es un medio de impugnación no suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo que se interpone a efectos de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión penal, la cual se justifica por motivo de derecho material o procesal” (p. 1)

2.2.11.3. Medio impugnatorio formulado en el proceso judicial en estudio

En el proceso judicial en estudio, el medio impugnatorio formulado fue el recurso de nulidad, por cuanto la sentencia de primera instancia se trata de una sentencia expedida en un Proceso Ordinario, por ende la sentencia fue emitida por órgano jurisdiccional denominado Primera Sala Penal Liquidadora.

2.2. Hipótesis.

La evaluación de las técnicas jurídicas de la casación N° 308-2018/Moquegua de la sala penal permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica fueron aplicadas por remisión en las incompatibilidades normativas, tomando en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo de investigación

Cualitativo; doctrinal, documental o jurídico teórico; descriptivo;

Cualitativa: La investigación cualitativa es una estrategia básica de la investigación social que implica normalmente un examen en profundidad de un número relativamente pequeño de casos. Los casos se examinan de manera exhaustiva con técnicas diseñadas para facilitar la depuración de los conceptos teóricos y categorías empíricas (Rain, 1994). Es un tipo de investigación que tiene en cuenta el análisis de la información que realiza y el fin que se propone.

Doctrinal, documental o jurídico teórico: Es una investigación que se pregunta, que es el derecho en un área particular. El investigador busca recolectar y luego analiza el corpus del caso legal, junto a una legislación relevante llamado fuente primaria. Es un tipo de investigación que está relacionado al formato de datos con el que se trabaje y los métodos que se requieren para interactuar con el objeto de las investigaciones.

Descriptivo: Mediante este tipo de investigación se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. (Hernández, Fernández & Batista, 2010). Es decir, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren.

3.2. Método de investigación

Para Solis (2008) “el método sirve de instrumentos para alcanzar los fine de la investigación; su carácter regular, explícito, perceptible, ordenando y objeto para lograr algo estable, que la investigación ha de seguir para alcanzar u fin (p.45)

Para la presente investigación se utilizarán los siguientes métodos:

- Método Deductivo: El cual busca llegar a la conclusión de una forma concreta, luego de la recolección de información de la forma mas general
- Método Inductivo: Dicho método busca llegar a una generalidad de donde se encontró determinada información específica
- Otros métodos que se pueden aplicar a la presente investigación están: el análisis, síntesis, comparación, abstracción, generalización y concreción.

3.3. Sujetos de la investigación

El sujeto de la investigación se la sentencia de casación N° 308-2018/Moquegua de la sala penal permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.

La sentencia de casación N° 308-2018/Moquegua de la sala penal permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica sobre el delito de violación sexual y determinación de la pena, lleva como sumilla, que:

1. Si bien el imputado carece de antecedentes que es una circunstancia atenuante genérica (ex artículo 46, apartado 1, literal “a” del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, vigente cuando los hechos) no consta en autos la presencia de alguna causal de disminución de la punibilidad (tentativa, eximente, imperfecta, complicidad secundaria, error vencible, etc) que determine la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, ni una regla de disminución por bonificación procesal (confesión sincera, terminación anticipada, colaboración eficaz o conformidad procesal) que permita disminuir la pena concreta en un determinado nivel 2. Aun cuando el imputado no ejerció violencia física o amenaza contra la agraviada V.R.M.T para tener acceso carnal con ella, por su minoría de edad tal consentimiento resulta inexistente. Además, el imputado era once años mayor que la agraviada y la edad de esta última la diferencia de edades es relevante. La vulnerabilidad de la víctima era patente en ese entonces de suerte que no puede aceptarse la existencia de relaciones libres igualitarias y equilibradas entre imputado y agraviada y menos descartarse un aprovechamiento indebido de esa situación por el imputado. 3. La sentencia de vista invoco como sustento para la medición de la pena la sentencia Casatoria y vinculante 335-2015/El Santa de uno de junio del dos mil dieciséis Empero, esta sentencia fue expresamente declarada sin efecto por la Sentencia Plenaria 1-2018/CIJ-443 de dieciocho de diciembre del dos mil dieciocho publicada en el diario El Peruano el veinte de dicho mes y año. Luego no es posible sustentarse en ella, porque fue expresamente excluida como precedente vinculante y como doctrina jurisprudencial.

3.4. Escenario de estudio

Al ser una investigación cualitativa, el escenario de estudio de la presente investigación será la Corte Suprema de Justicia de la Republica, siendo este el máximo órgano jurisdiccional del Perú, asimismo en la estructura de la Corte Suprema, la sentencia de casación es resuelta en la Sala Penal Permanente, la cual según lo estipulado en el artículo 33° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Menciona que la competencia de la mencionada sala será “de los recursos de apelación y casación de su competencia, de las

contienda de competencia conforme al Código procesal Penal y de las consultas conforme al Código Procesal Penal”

3.5. Procedimiento de recolección de datos cualitativos:

3.5.1. Técnicas de recolección de datos

Según Arias (1999) “los instrumentos son el recurso material que se usan para reunir y recopilar la información” (p. 38)

Para el recojo de datos se aplicará en las técnicas de la observación y el análisis del contenido, el cual utilizará como instrumento una lista de cotejo, validado por expertos, donde se presentará los parámetros extraídos de la revisión de la literatura que se constituyó en indicadores de las variables.

Asimismo, para poder asegurar la coincidencia con los hallazgos, el contenido de la sentencia de casación como parte de la presentación de los resultados denominados evidencia empírica, mediante una lista de cotejo y un cuadro de presentación de los resultados.

3.5.2. Procesamiento de datos

Procedimiento de recolección, y plan de análisis de datos.

Se ejecutará por etapas o fases, conforme sostienen Lenise Do Prado; Quelopana Del Valle; Compean Ortiz, y Reséndiz Gonzáles (2008). Estas etapas serán:

La primera etapa: abierta y exploratoria. Será una actividad que consistirá en aproximarse gradual y reflexivamente al fenómeno, estará guiado por los objetivos de la investigación; donde cada momento de revisión y comprensión será una conquista; es decir, será un logro basado en la observación y el análisis. En esta fase se concretará, el contacto inicial con la recolección de datos.

La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección de datos. También, será una actividad orientada por los objetivos, y la revisión permanente de la literatura, porque facilitará la identificación e interpretación de los datos. Se aplicará las técnicas de la observación y el análisis de contenido, y los hallazgos serán trasladados literalmente, a un registro (hojas digitales) para asegurar la coincidencia; con excepción de los datos de

identidad de las partes y toda persona particular, citados en el proceso judicial serán reemplazados por sus iniciales.

La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático. Será una actividad observacional, analítica, de nivel profundo orientada por los objetivos, articulando los datos con la revisión de la literatura. El instrumento para la recolección de datos, será una lista de cotejo validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f.), estará compuesto de parámetros, normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura, que se constituirán en indicadores de la variable. Los procedimientos de recolección, organización, calificación de los datos y determinación de la variable, se evidenciará como Anexo para el Informe de Tesis.

3.6. Consideraciones éticas y de rigor científico

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, estará sujeta a lineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad (Universidad de Celaya, 2011). El investigador asume estos principios, desde el inicio, durante y después del proceso de investigación; a efectos de cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad (Abad y Morales, 2005). Se suscribirá una Declaración de Compromiso Ético, que se evidenciará como Anexo 3.

En el presente trabajo se hace hincapié a los principios éticos de confidencialidad, respeto a la dignidad de la persona y respeto a la propiedad intelectual, así mismo se reconoce que toda información utilizada en el presente trabajo ha sido utilizada para fines académicos exclusivamente.

“La confiabilidad y la validez descansan en la capacidad argumentativa del investigador, quien debe “convencer” acerca de su interpretación al presentar en forma coherente y con claridad su perspectiva y fundamentación teórica, y la metodología empleada en el análisis” (Galeano, 2004, p. 173)

Finalmente se informa que: la elaboración y validación del instrumento; la operacionalización de la variable (Anexo 1); Los procedimientos para la recolección, organización y calificación de los datos (Anexo 2); el contenido de la Declaración de Compromiso Ético (Anexo 3); el diseño de los cuadros para presentar los resultados, y el

procedimiento aplicado para la determinación de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio.

IV. RESULTADOS Y DISCUSION

Cuadro N° 01: Cuadro de Evaluacion de Tecnicas Juridicas Aplicadas en la Sentencia de Casación N°308-2018/Moquegua, de la Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema de Justicia de la Republica -Ayacucho, 2019.

EVIDENCIA EMPÍRICA	PARÁMETROS	CALIFICACION
<p>CASACIÓN N°308-2018/MOQUEGUA ACUSADO : J.M.J. DELITO : VIOLACION SEXUAL AGRAVIADA: V.R.M.T</p> <p>FUNDAMENTOS DE HECHO: PRIMERO. Que la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto, culminada la etapa de investigación preparatoria, a fojas trece formulo acusación contra el encausado Manchego Juárez por el delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. Los hechos declarados probados por las sentencias de mérito, son los siguientes: A. La menor de iniciales V.R.M.T. nació el uno de setiembre de dos mil uno y conoció al imputado Juan Manchego Juárez, de veintitrés años de edad (nació el día trece de noviembre de mil novecientos noventa), en el mes de abril de dos mil catorce en circunstancias en que éste se dedicaba al transporte público de pasajeros, dado que la menor vive en el sector “El Molino” – Tumulaca y desde allí se traslada regularmente hasta la ciudad de Moquegua para asistir al colegio santa Fortunata, donde estudiaba. B. Esta situación fue aprovechada por el imputado Manchego Juárez para acercarse a la menor agraviada y enamorarla. De esta manera, el día cinco de julio de dos mil quince el encausado Manchego Juárez le hizo sufrir acceso carnal a la menor agraviada V.R.M.T. en el domicilio de esta última, ubicado en la avenida Miraflores, manzana K, lote cuatro – Tumulaca. La menor indico a sus padres, con quienes se encontraba en la celebración de la fiesta de la virgen del Carmen en el molino tumilaca, que deseaba ir a los servicios higiénicos, pero en realidad se dirigió a su domicilio e hizo ingresar al imputado. La madre de la menor, al regresar a su casa, encontró al procesado debajo de la cama escondido. SEGUNDO. Que, por estos hechos, el imputado Manchego Juárez fue condenado, tanto en primera como en segunda instancia. El fundamento de la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la pena impuesta, es que no existió prueba de alguna circunstancia agravante, por lo que estimó que el rango aplicable se ubica dentro del tercio inferior, consecuentemente, la pena aplicable debía ser treinta años de privación de libertad, tanto mas si no se advirtió la concurrencia de alguna circunstancia atenuante. TERCERO. Que, tras la interposición y ulterior concesión del recurso de apelación, la sentencia de vista preciso, en relación a la pena, lo siguiente. A. Se debe tomar en cuenta los criterios de la Sentencia Casatoria numero treientos treinta y cinco – dos mil quince/El Santa, por lo que corresponde aplicar el control difuso. B. Al respecto, en el presente caso: i. En la ejecución de los hechos no hubo violencia ni amenaza. ii. veintitrés años. iii. La menor tenía una edad cercana a los catorce años. C. No se actuó pericia psicológica que establezca afectación emocional Se debe de considerar el principio de proporcionalidad. D. Existe un conflicto entre el referido principio de proporcionalidad y el de legalidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que la menor a la fecha de los hechos tenía trece años y diez meses de edad, cerca de los catorce, por lo que no se justifica la imposición de una pena entre treinta y treinta y cinco años, al no ser indispensable para lograr su fin de protección efectiva, al existir la posibilidad de otras penas alternativas menores de prisión para alcanzar el mismo objetivo. E. La pena a imponerse no debe sobrepasar la responsabilidad por el hecho punible. La imposición de la pena debe respetar sus fines (de la pena). F. Según la pericia psicológica el encausado no tiene desviaciones sexuales. G. El acusado no tiene antecedentes. iv. en la víctima.</p>	<p style="text-align: center;">INTERPRETACION:</p> <p>1. El encabezamiento evidencia: <i>la individualización de la Sentencia de Casación N°308-2018/Moquegua, indica el número de orden que le corresponde dentro del expediente, lugar, fecha de expedición, menciona al magistrado en los casos que correspondiera la reserva de la identidad por tratarse de menores de edad. etc. Si cumple</i></p> <p>2. Evidencia el asunto: <i>¿Qué plantea? ¿Qué imputación? ¿Cuál es el problema sobre lo que se decidirá? Si cumple</i></p> <p>3. Evidencia la individualización del acusado: <i>Evidencia individualización del acusado con sus datos personales: nombres, apellidos, edad/ en algunos casos sobrenombre o apodo. Si cumple</i></p> <p>4. Evidencia aspectos del proceso: <i>el contenido explícita que se tiene a la vista un proceso regular, sin vicios procesales, sin nulidades, que se ha agotado los plazos, las etapas, advierte constatación, aseguramiento de las formalidades del proceso, que ha llegado el momento de sentenciar/ En los casos que correspondiera: aclaraciones modificaciones o aclaraciones de nombres y otras; medidas provisionales adoptadas durante el proceso, cuestiones de competencia o nulidades resueltas, otros. Si cumple</i></p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple</i></p> <p>6. Determina el tipo de interpretación jurídica <i>en las normas seleccionadas para su posterior argumentación (Auténtica, doctrinal y judicial). Si cumple / No cumple</i></p> <p>7. Determina el tipo de interpretación jurídica <i>en las normas seleccionadas en razón de su alcance para su posterior argumentación (declarativa, restrictiva y extensiva). Si cumple / No cumple</i></p>	<p>SI</p> <p>SI</p> <p>SI</p> <p>SI</p> <p>SI</p> <p>SI</p> <p>SI</p> <p>SII</p>

<p>CUARTO. Que el Fiscal Superior de Moquegua en su recurso de casación de fojas ciento noventa, de once de enero de dos mil dieciocho, invocó como motivos de casación: infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 3 y 5, del Código Procesal Penal). Argumentó, en lo específico, que no se aplicó el artículo 45-A del Código Penal para la medición de la pena; que la Sentencia Casatoria numero trecientos treinta y cinco – dos mil quince/ El Santa estableció criterios para inaplicar la pena conminada para el delito de violación sexual y en el presente caso no se observaron; que al no aplicarse el artículo 45-A del Código Penal se afectó el principio de legalidad.</p> <p>QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal Supremo, por Ejecutoria de fojas sesenta y siete, de diecinueve de octubre de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede, declaró bien concedido el citado recurso por las causales de infracción de precepto material y de apartamiento de la doctrina jurisprudencial (artículo 429, numerales 3 y 5, del Código Procesal Penal). La Fiscalía Superior impugnante precisó las razones por las que, a su juicio, la pena impuesta no se amoldó a las exigencias del ordenamiento penal. El mínimo legal para la conducta delictiva declarada probada es de treinta años de privación de libertad, pese a lo cual, invocándose el principio de proporcionalidad, se rebajó a solo cuatro años de privación de libertad -este criterio está siendo impugnado en casación-. El recurso discute no solo lo que prevé la ley para el delito cometido, sino las reglas de medición de la pena en relación con el principio de proporcionalidad penal. De igual manera, más allá del recurso en cuestión, y ante la argumentación de la sentencia, es de evaluar la corrección jurídica de la Sentencia Casatoria numero trescientos treinta y cinco – dos mil quince/ El Santa, al no tratarse de una Sentencia Plenaria ni un Acuerdo Plenario.</p> <p>FUNDAMENTOS DE DERECHO:</p> <p>PRIMERO. Que corresponde dilucidar en esta sede la existencia o no de infracción normativa respecto de la pena impuesta por el Tribunal Superior para el Delito de Violación sexual de menor de edad en relación a la situación jurídica del encausado recurrido Manchego Juárez, y si la motivación de la sentencia de vista incurrió en un defecto constitucionalmente relevante.</p> <p>SEGUNDO. Que la sentencia de vista, en concordancia con la sentencia de primera instancia, declaró probado que la agraviada V.R.M.T. cuando conoció al encausado Manchego Juárez tenía doce años y siete meses de edad y en la fecha en que fue abusada sexualmente contaba con trece años y diez meses de edad. Por su parte, el encausado Manchego Juárez tenía en la fecha que conoció a la víctima veintitrés años y cinco meses de edad y en la fecha del acceso carnal veinticuatro años y ocho meses de edad. Si bien el imputado Manchego Juárez carece de antecedentes – que es una circunstancia atenuante genérica (ex artículo 46, apartado 1, literal “a”, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, vigente cuando los hechos) -, no consta en autos la presencia de alguna causal de disminución de la punibilidad (tentativa, eximente imperfecta, complicidad secundaria, error vencible, etc.), que determine la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, ni una regla de reducción por bonificación procesal (confesión sincera, terminación anticipada, colaboración eficaz o conformidad procesal), que permita disminuir la pena concreta en un determinado nivel. Cabe agregar que el imputado Manchego Juárez no admitió íntegramente los hechos atribuidos e incluso alegó que solo se trató de la tentativa de un acto sexual impedido por la madre de la agraviada y que la propia agraviada en su Facebook señaló que tenía dieciséis años de edad – exposición que, en todo caso, fue desestimada por los jueces de mérito-, por lo que, como es evidente, no es de aplicación la regla de reducción por bonificación procesal de confesión sincera (ex artículo 161 del Código Procesal Penal). En la sentencia de primera instancia, incluso, se precisó, sobre la base de prueba pericial, que la menor presentaba desfloración antigua y la muestra de hisopado vaginal estableció la existencia de cabezas de espermatozoides, indicadores claros de un acto sexual completo.</p> <p>TERCERO. Que el artículo 45-A, segundo párrafo, del Código Penal, según la citada Ley 30076, (1) la pena se determina dentro los límites fijados por la ley -el principio de legalidad penal impone esta consideración previa-, para lo cual el juez debe atender (2) a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad, sin perjuicio de tomar en cuenta (i) las carencias sociales que hubiese sufrido el agente y su rol social, así como (ii) su cultura y costumbres y (iii) los intereses de la víctima, como reza el artículo 45 del Código Penal, según la referida Ley 30076.</p>	<p>INTEGRACION:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Determina la existencia o de lagunas de ley (vacíos de ley) normativos en la sentencia de casación. Si cumple/ No cumple 2. Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema (con la finalidad de llenar los vacíos o lagunas de ley), Su cumple/No cumple 3. Determina la existencia de la analogía en la sentencia emitida por la Corte Suprema (con la finalidad de llenar los vacíos o lagunas de ley), Su cumple/No cumple <p>ARGUMENTACION:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Determina las premisas que motivan o da cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse (premisa mayor y premisa menor). Si cumple / No cumple 2. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional, (principio de congruencia de las sentencias, principio de jerarquía de las normas, principio de tipicidad, principio prohibitivo de reformatio in peius, principio de seguridad jurídica con la finalidad de no vulnerar derechos fundamentales). Si cumple / No cumple 3. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación (error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial). Si cumple /No cumple 	<p>NO</p> <p>NO</p> <p>NO</p> <p>SI</p> <p>SI</p> <p>NO</p>
---	---	---

CUARTO. Que el delito perpetrado por el encausado Manchego Juárez está previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece- ley vigente cuando se cometió el delito-. La pena que establece es no menor de treinta años ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad.

Desde ya es de puntualizar que aun cuando el imputado Manchego Juárez no ejerció violencia física o amenazas contra la agraviada V.R.M.T. para tener acceso carnal con ella, por su minoría de edad tal consentimiento resulta inexistente – en estos casos el bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual-. Además, el imputado era once años mayor que la agraviada, y a la edad de esta última la diferencia estaría es relevante. La vulnerabilidad de la víctima era patente en ese entonces, de suerte que no puede aceptarse la existencia de relaciones libres, igualitarias y equilibradas entre el imputado y agraviada, y menos descartarse un aprovechamiento indebido de esta situación por el imputado.

El imputado conoció con anterioridad a la agraviada y, desde que la conoció hasta que le hizo sufrir el acto sexual declarado probado, transcurrió un año y tres meses; tiempo suficiente para conocerla y tomar nota de su edad, tanto más si la propia agraviada le dijo su edad [véase folio catorce de la sentencia de primera instancia].

Asimismo, es de destacar que la agraviada no fue examinada por el perito psicólogo del Instituto de Medicina Legal, de suerte que no es posible sostener que no midió afectación emocional como consecuencia de lo ocurrido. En todo caso, como ya se tiene precisado jurisprudencialmente, la pericia psicológica es un medio de prueba complementaria, pero su ausencia o que, de realizarse, en el momento del examen no arroje estresor sexual, no es relevante para la acreditación del delito de violación sexual.

De igual manera, el hecho de que la pericia psicológica del imputado no concluya que presenta desviaciones sexuales tampoco excluye la comisión del delito de violación sexual. No hay una relación necesaria entre un individuo que no padezca estas afectaciones con la imposibilidad de comisión de los referidos delitos, aunque la presencia de las mismas, sin duda, lo hace mas peligroso si abusa de menores de edad.

QUINTO. Que la sentencia de vista invocó como sustento para la mediación de la pena la sentencia casatoria vinculante 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis. Empero, esta sentencia fue expresamente declarada sin efecto por la Sentencia Plenaria 1-2018/CJ-443, de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, publicada en el diario El Peruano el veinte de dicho mes y año. Luego, no es posible sustentarse en ella porque fue expresamente excluida como precedente vinculante y como doctrina jurisprudencial.

Es verdad que la Sentencia Plenaria antes aludida se profirió con posterioridad a la emisión de la sentencia de vista recurrida, empero ello no es óbice para invocarla puesto que lo que el Pleno de los Jueces Supremos en lo Penal hizo fue interpretar los alcances jurídicos de la determinación de la pena en los delitos sexuales, cuyos preceptos – de la parte general y de la parte especial- estaban vigentes cuando el delito se perpetró.

En el caso concreto no existe oposición entre los principios de legalidad penal y de proporcionalidad, ambos de jerarquía constitucional. Salvo los supuestos en los que la pena es absolutamente desproporcionada, las penas fijadas por el legislador deben aplicarse dentro de los márgenes legalmente previstos, que sin duda importan en su determinación por el juez la aplicación, razonada y razonable, del principio de proporcionalidad o prohibición del exceso. En todo caso, debe estarse – si correspondiere- a las posibles excepciones apuntadas en el párrafo veintinueve de la mencionada Sentencia Plenaria

SEXTO. Que, por consiguiente, el Tribunal Superior interpretó incorrectamente las reglas de medición de la pena y el principio de proporcionalidad penal, lo que determinó la fijación de una ilegal e injustificada.

<p>De otro lado, las inferencias probatorias en que se sustentó, igualmente, no eran las que correspondían. Incluso desde la sentencia vinculante declarada sin efecto no era de rigor incorporar algunos criterios que indebidamente adoptó, tales como la diferencia etaria – no eran cercana -, el supuesto vínculo amoroso entre imputado y agraviada – el propio imputado, ante el perito psicólogo, vanamente mencionó que no era enamorado de la agraviada [véase folio doce de la primera instancia]-, y la plena voluntariedad de la víctima – imposible de aceptar por su minoría de edad-. Además, los criterios adoptados, por lo anterior, resultaron siendo irracionales y con afectación al principio de dignidad de la persona, en este caso de la víctima.</p> <p>En la virtud, debe ampararse al recurso de casación del Ministerio Público; y, como para decidir no es necesario un nuevo debate, corresponde emitir una sentencia rescisoria. En primera instancia se impuso el mínimo legal. Esa pena es la que corresponde imponer sin afectar el principio congruencia cuantitativa de la pena. Es de aplicación, por los demás, el artículo 47 del Código Penal.</p> <p>DECISIÓN</p> <p>Por estos motivos: I. Declararon FUNDADO el recurso de casación por infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas sesenta, de diecinueve de julio de dos mil diecisiete, condenó a Juan Manchego Juárez como autor de delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. – y no V.M.R.T. como erróneamente se consignó en la sentencia de vista y calificación de la casación -, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, CASARON la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete. II. Actuando como instancia: CONFIRMARON la sentencia de primera instancia de fojas sesenta, de diecinueve de julio de dos mil diecisiete, que condenó a Juan Manchego Juárez como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. a treinta años de pena privativa de libertad. ORDENARON la inmediata recaptura del aludido condenado; sin costas. III. PRECISARON que para los efectos del cómputo de la pena privativa de libertad – que llevará a cabo el Juez de la Investigación Preparatoria una vez se recapture al imputado- se descontará el tiempo de carcelería sufrido en aplicación de las medidas de coerción personal de detención y/o prisión preventiva. IV. DISPUSIERON se remitan los actuados al órgano de origen para que por ante el órgano jurisdiccional competente se proceda al inicio de la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. V. MANDARON se publique la presente sentencia casatoria en la Pagina Web del Poder Judicial. HÁGASE saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.</p>		
---	--	--

Fuente. Sentencia Casatoria N°308-2018/MOQUEGUA, de la Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema de Justicia de la Republica -Ayacucho, 2019

En relación al parámetro de interpretación los resultados fueron los siguientes:

- 1. En relación a la su dimensión:** Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación (Auténtica, doctrinal y judicial). *La respuesta fue si cumple*

- 2. En relación a la sub dimensión:** Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas en razón a su alcance para su posterior argumentación (*declarativa, restrictiva y extensiva*). *La respuesta fue si cumple*

En relación al parámetro de integración los resultados fueron los siguientes:

1. En relación a la sub dimensión: Determina la existencia o no de lagunas de ley (vacíos de ley) normativos en la sentencia de casación. *La respuesta fue no cumple*

2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema (*con la finalidad de llenar los vacíos o lagunas de ley*). *La respuesta fue no cumple*

3. En relación a la sub dimensión: Determina la existencia de la analogía en la sentencia emitida por la Corte Suprema (*Con la finalidad de llenar vacíos o lagunas de ley*). *La respuesta fue si cumple*

En relación al parámetro de argumentación los resultados fueron los siguientes:

1. En relación a la sub dimensión: Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse (*premisa mayor y premisa menor*) *La respuesta fue si cumple*

2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. *a) Principio de congruencia de las sentencias; b) Principio de jerarquía de las normas; c) Principio de tipicidad; d) Principio prohibitivo de reformatio in peius; e) Principio de seguridad jurídica. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales*). *La respuesta fue si cumple*

3. En relación a la sub dimensión: Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación (*error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial*). *La respuesta fue no cumple*

1. Análisis y discusión de resultados

En relación al parámetro de interpretación los resultados fueron los siguientes:

1. En relación a la su dimensión: Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación (Auténtica, doctrinal y judicial). *La respuesta fue si cumple*

Si cumple, porque el Tribunal Supremo realizó la interpretación judicial, interpretando las disposiciones judiciales. Luego, procuro que los hechos probados en la controversia ingresen en el supuesto de hecho de la norma jurídica, luego dedujo sus consecuencias. Es decir aplico el Derecho.

2. En relación a la sub dimensión: Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas en razón a su alcance para su posterior argumentación (*declarativa, restrictiva y extensiva*). *La respuesta fue si cumple*

Si cumple, porque el Tribunal Supremo realizó una interpretación declarativa consistente en atribuirle el sentido o el significado a la norma que se aplicó, porque el sentido de la norma coincide cumplidamente con el texto.

En relación al parámetro de integración los resultados fueron los siguientes:

1. En relación a la sub dimensión: Determina la existencia o no de lagunas de ley (vacíos de ley) normativos en la sentencia de casación. *La respuesta fue no cumple*

No cumple, porque no se encontró ninguna laguna normativa, la integración procede cuando no hay norma jurídica que interpretar, entonces procede la integración. Pero hay que recordar que la analogía tiene límites y no está permitida para establecer excepciones ni restringir derechos. En el caso del derecho penal no se permite la analogía como un criterio para sobre criminalizar conductas. Y es por demás consabido que los límites de la punibilidad están regidas por los principios de legalidad y reserva como una garantía de la libertad y seguridad de los individuos.

2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema (*con la finalidad de llenar los vacíos o lagunas de ley*). *La respuesta fue no cumple*

No cumple, porque como vuelvo a mencionar la analogía esta proscrita del derecho penal. Art. III del título preliminar de Código Penal. Inaplicabilidad de la analogía “No está permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

3. En relación a la sub dimensión: Determina la existencia de la analogía en la sentencia emitida por la Corte Suprema (*Con la finalidad de llenar vacíos o lagunas de ley*). *La respuesta fue no cumple.*

No cumple, porque en esta rama del derecho rige el principio de legalidad a que se refiere la máxima *nublen crimen nulla poena sine lege* (no hay crimen ni pena sin ley previa) como una garantía de libertad y seguridad humanas. Por consiguiente, el silencio de la ley equivale a la inexistencia del delito y la imposibilidad de aplicar una pena.

En relación al parámetro de argumentación los resultados fueron los siguientes:

1. En relación a la sub dimensión: Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse (*premisa mayor y premisa menor*) *La respuesta fue si cumple.*

Si cumple, porque el Tribunal Supremo adoptó el método subsuntivo o el silogismo jurídico, donde se planteó una premisa normativa (premisa mayor) y una premisa fáctica (premisa menor), donde la premisa fáctica no fue del género de la premisa normativa, motivo por el cual no casaron.

2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. *a) Principio de congruencia de las sentencias; b) Principio de jerarquía de las normas; c) Principio de tipicidad; d) Principio prohibitivo de reformatio in peius; e) Principio de seguridad jurídica. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales).* *La respuesta fue si cumple*

Si cumple, porque, en primer lugar, al admitir el recurso de casación se está sometiendo a control y como consecuencia se está cumpliendo con los principios que inspiran el estado constitucional de Derecho.

3. En relación a la sub dimensión: Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación (*error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial*). *La respuesta fue si cumple*

Si cumple, porque se materializó la casación, debido a la falta de errores *in procedendo* o errores *in iudicando*, en mérito a ello se casó la sentencia apelada.

V. CONCLUSIONES

Con respecto a las técnicas de interpretación, el Tribunal Supremo hizo uso adecuado uso de la técnica de la interpretación judicial, interpretando las disposiciones judiciales. Procurando que los hechos probados en la controversia ingresen en el supuesto de hecho de la norma jurídica, luego dedujo sus consecuencias casando la sentencia de vista apelada y confirmaron la sentencia de primera instancia.

El recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior de Moquegua contra la sentencia de vista de en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, condenó a J.M.J. como autor de delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. no V.M.R.T. como erróneamente se consignó en la sentencia de vista y calificación de la casación -, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, casaron la sentencia de vista y confirmaron la sentencia de primera instancia, que condenó a Juan Manchego Juárez como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. a treinta años de pena privativa de libertad.

Con respecto a las técnicas de integración en el caso estudiado se pudo evidenciar porque en el derecho penal no se permite la analogía como un criterio para criminalizar conductas, los límites de la punibilidad están regidos por los principios de legalidad, congruencia, legalidad como una garantía de la libertad y seguridad de los individuos.

Con respecto a las técnicas de argumentación el tribunal supremo con justificaciones objetivas sustenta la decisión adoptada por las Sala Superior de apelaciones quien resolvió confirmar en parte la resolución apelada.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Agenda** (2011). *Administración de justicia en el Perú*. Disponible en: <http://www.agenda2011.pe/wp-content/uploads/pb/Justicia-FactSheet.pdf> (10.06.2014).
- **Alonso Romero M.** (s. f). *El proceso penal en castilla (siglos xiii al xviii) [en línea]*. EN, Portal Google Books. Recuperado en: <http://books.google.es/books?id=1w6okdmp8c&pg=pa301&lpg=pa301&dq=proceso+penal+sumario&source=bl&ots=zmq4q5dqzi&sig=8h9olkiy6rasusqgqideizi7qu&hl=es&sa=x&ei=stsgumwani2o8asclidaag&ved=0ceqq6aewba#v=onepage&q=proceso%20penal%20sumario&f=false> (06.06.2014)
- **Apuntes jurídicos** (2013). *Derecho Procesal Penal*. Disponible en: <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/03/dppc.html> (09.06.14)
- **Bailón Valdovinos R.** (2004). *Teoría General del Proceso*. Recuperado en: <http://books.google.es/books?id=baXcnjY80s8C&pg=PA44&lpg=PA44&dq=jurisdicion+teoria+general+del+proceso&source=bl&ots=RVf3fLA7LU&sig=UpO3HTUBd3rRAahf0rRjKYMVacM&hl=es&sa=X&ei=Iu92UNTWGo mo8gTPwoDYBg&ved=0CDEQ6AEwAA#v=onepage&q=jurisdicion%20teoria%20general%20del%20proceso&f=false> (09.06.2014)
- **Balbuena, P., Díaz Rodríguez, L., Tena de Sosa, F. M.** (2008). *Los Principios fundamentales del Proceso Penal*. Santo Domingo: FINJUS.

- **Bacigalupo, E.** (1999). *Derecho Penal: Parte General*. (2a. ed.). Madrid: Hamurabi.
- **Barreto Bravo, J.** (2006). *La Responsabilidad Solidaria*. Documento recuperado de: <http://lawiuris.com/2009/01/09/responsabilidad-solidaria/> (07.06.2014)
- **Burgos, V.** (2002). *El Proceso Penal Peruano; Una investigación sobre su constitucionalidad*. (Tesis para doctorado). Lima: Universidad Nacional de San Marcos.
- **Bustamante Alarcón, R.** (2001). *El derecho a probar como elemento de un proceso justo*. Lima: Ara.
- **Cafferata, J.** (1998). *La Prueba en el Proceso Penal* (3ra Edición). Buenos Aires: DEPALMA
- **Calderón y Águila Grados** (2011). *El aeiou del derecho*. Editorial San Marco EIRL.
- **Casal, J. y Mateu, E.** (2003). En Rev. Epidem. Med. Prev. 1: 3-7. *Tipos de Muestreo*. CReSA. Centre de Recerca en Sanitat Animal / Dep. Sanitat i Anatomia Animals, Universitat Autònoma de Barcelona, 08193-Bellaterra, Barcelona. Recuperado en: <http://minnie.uab.es/~veteri/21216/TiposMuestreo1.pdf> . (23.11.2013)
- **Cobo del Rosal, M.** (1999). *Derecho penal. Parte general*. (5a. ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- **Colomer Hernández** (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.
- **Creus C.** (1992). *Derecho Penal Parte General*. 3era edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de palma Srl. Buenos Aires.
- **Cubas, V.** (2003). *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*. Lima: Perú: Palestra Editores
- **Devis Echandia, H.** (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. (Vol. I). Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia.**De Santo, V.** (1992). *La Prueba Judicial, Teoría y Práctica*. Madrid: VARSI
- **Fairen, L.** (1992). *Teoría General del Proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México
- **Ferrajoli, L.** (1997). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal* (2a ed.). Camerino: Trotta.
- **Fix Zamudio, H.** (1991). *Derecho Procesal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- **Franciskovic Igunza** (2002). *Derecho Penal: Parte General*, (3a ed.). Italia: Lamia.
- **Gaceta Jurídica**, (2008). *Vocabulario de uso judicial*. Editorial El Búho, Lima, Perú.

- **García, C.** (2009). *La naturaleza y alcance de la reparación civil: A propósito del precedente vinculante establecido en la Ejecutoria Suprema R.N. 948.2005 Junín.*
Eta Iuto Esto
- **Guillen Sosa H.** (2001). *Derecho Procesal Penal.* Perú. Manual de Derecho Penal

ANEXOS

ANEXO 01

DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO

De acuerdo a la presente: Declaración de compromiso ético el autor (autora) del presente trabajo de investigación titulado: Evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en la sentencia de casación N° 308-2018/Moquegua de la Corte Suprema de la sala penal permanente de Justicia de la Republica . Declaro conocer el contenido de las normas del Reglamento de Investigación de la Universidad Católica los Ángeles de Chimbote y el Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales – RENATI; que exigen veracidad y originalidad de todo trabajo de investigación, respeto a los derechos de autor y la propiedad intelectual.

La investigación que se presenta es de carácter individual, se deriva de la Línea de Investigación, titulada: “Administración de Justicia en el Perú”; en consecuencia, cualquier aproximación con otros trabajos, serán necesariamente con aquellas que pertenecen a la misma línea de investigación, no obstante es inédito, veraz y personalizado, el estudio revela la perspectiva de su titular respecto del objeto de estudio que fueron la sentencia de casación N° 308-2018/Moquegua de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.

Asimismo, acceder al contenido del proceso judicial permitió conocer los hechos judicializados y la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, partes del proceso, testigos, peritos, etc., al respecto mi compromiso ético es: no difundir por ningún medio escrito y hablado, ni expresarme en términos agraviantes ni difamatorios; sino, netamente académicos.

Finalmente, el trabajo se elaboró bajo los principios de la buena fe, principio de veracidad, de reserva y respeto a la dignidad humana, lo que declaro y suscribo, caso contrario asumiré exclusivamente mi responsabilidad.

Ayacucho, 03 de agosto del 2019

Jenny Juana Barraza Torres

ANEXO 2

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: Evaluacion de Tecnicas Juridicas Aplicadas en la Sentencia de Casación N°308-2018/Moquegua, de la Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema de Justicia de la Republica -Ayacucho, 2019

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGIA
<p>Tema General: Evaluacion de Tecnicas Juridicas Aplicadas en la Sentencia de Casación N°308-2018/Moquegua, de la Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema de Justicia de la Republica - Ayacucho, 2019 del que se enmarca dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumermtacion</p>	<p>Objetivo General: Verificar que la sentencia de Casación N° 308-2018/Moquegua de la Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 2019., se enmarque dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación.</p>	<p>Hipotesis General: La sentencia de Casación N°308-2018/Moquegua cumple con las técnicas de interpretación, integración y argumentación.</p>	<p>Variable Independiente: (X) Tecnica Juridicas X1 técnicas de interpretación X2 técnicas de integración X3 técnicas de argumentación.</p>	<p>- En relación al parámetro de interpretación - 1. En relación a la su dimensión: Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación (Autentica, doctrinal y judicial). - 2. En relación a la sub dimensión: Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas en razón a su alcance para su posterior argumentación (<i>declarativa, restrictiva y extensiva</i>). - En relación al parámetro de integración: - 1. En relación a la sub dimensión: Determina la existencia o no de lagunas de ley (vacíos de ley) normativos en la sentencia de casación. - 2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema (<i>con la finalidad de llenar los vacíos o lagunas de ley</i>). - 3. En relación a la sub dimensión: Determina la existencia de la analogía en la sentencia emitida por la Corte Suprema (<i>Con la finalidad de llenar vacíos o lagunas de ley</i>). - En relación al parámetro de argumentación: - 1. En relación a la sub dimensión: Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe</p>	<p>Diseño de la Investigacion: Es No experimental, transversal o transectorial Tipo de investigación: Es Básica, pura o fundamental Nivel de investigación: Es Descriptivo, explicativo, hermeneutico</p>

				<p>aceptarse (<i>premisa mayor y premisa menor</i>)</p> <p>- 2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional.</p> <p><i>a) Principio de congruencia de las sentencias; b) Principio de jerarquía de las normas; c) Principio de tipicidad; d) Principio prohibitivo de reformatio in peius; e) Principio de seguridad jurídica. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales.</i></p> <p>- 3. En relación a la sub dimensión: Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación (<i>error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial</i>)</p>	
<p>Problema específico:</p> <p>La Evaluación de las técnicas jurídicas de la sentencia de Casación N° 308-2018/Moquegua de la Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 2019., se enmarque dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación.</p>	<p>Objetivo Específico:</p> <p>-Identificar y explicar las técnicas jurídicas de interpretación, integración, argumentación de la sentencia Casatoria N° 308-2018/Moquegua, de la Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 2019.</p> <p>• Evaluar las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación de la Sentencia Casatoria N° 308-2018/Moquegua de la Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 2019.</p>	<p>Hipotesis específicos:</p> <p>- El nivel de interpretación de la sentencia de Casación N° 308-2018/Moquegua.</p> <p>- El nivel de integración de la sentencia de Casación N° 308-2018/Moquegua</p> <p>- El nivel de argumentación de la sentencia de Casación N° 308-2018/Moquegua</p>	<p>Variable Dependiente (Y) Sentencia</p>	<p>- Evidencia del asunto ¿cual e el problema sobre lo que se decidirá?</p> <p>- Aspecto del proceso</p> <p>- Identificación de inexistenci de motivación, o motivación aparente, falta de motivación interna del razonamiento, deficiencia en la motivación externa, motivación insuficiente incongruente.</p>	



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 308-2018/MOQUEGUA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Delito de violación sexual y determinación de la pena

Sumilla. 1. Si bien el imputado carece de antecedentes –que es una circunstancia atenuante genérica (ex artículo 46, apartado 1, literal ‘a’, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, vigente cuando los hechos)–, no consta en autos la presencia de alguna causal de disminución de la punibilidad (tentativa, eximente imperfecta, complicidad secundaria, error vencible, etc.), que determine la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, ni una regla de reducción por bonificación procesal (confesión sincera, terminación anticipada, colaboración eficaz o conformidad procesal), que permita disminuir la pena concreta en un determinado nivel. 2. Aun cuando el imputado no ejerció violencia física o amenazas contra la agraviada V.R.M.T. para tener acceso carnal con ella, por su minoría de edad tal consentimiento resulta inexistente. Además, el imputado era once años mayor que la agraviada y a la edad de esta última la diferencia de edades es relevante. La vulnerabilidad de la víctima era patente en ese entonces, de suerte que no puede aceptarse la existencia de relaciones libres, igualitarias y equilibradas entre imputado y agraviada, y menos descartarse un aprovechamiento indebido de esta situación por el imputado. 3. La sentencia de vista invocó como sustento para la medición de la pena la sentencia casatoria vinculante 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis. Empero, esta sentencia fue expresamente declarada sin efecto por la Sentencia Plenaria 1-2018/CIJ-443, de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, publicada en el diario El Peruano el veinte de dicho mes y año. Luego, no es posible sustentarse en ella porque fue expresamente excluida como precedente vinculante y como doctrina jurisprudencial.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, cinco de junio de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación por infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas sesenta, de diecinueve de julio de dos mil diecisiete, condenó a Juan Manchego Juárez como autor de delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.



Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto, culminada la etapa de investigación preparatoria, a fojas trece formuló acusación contra el encausado Manchego Juárez por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T.

Los hechos declarados probados por las sentencias de mérito, son los siguientes:

A. La menor de iniciales V.R.M.T nació el uno de setiembre de dos mil uno y conoció al imputado Juan Manchego Juárez, de veintitrés de años de edad (nació el día trece de noviembre de mil novecientos noventa), en el mes de abril de dos mil catorce en circunstancias en que éste se dedicaba al transporte público de pasajeros, dado que la menor vive en el sector “El Molino” – Tumulaca y desde allí se trasladaba regularmente hasta la ciudad de Moquegua para asistir al colegio Santa Fortunata, donde estudiaba.

B. Esta situación fue aprovechada por el imputado Manchego Juárez para acercarse a la menor agraviada y enamorarla. De esta manera, el día cinco de julio de dos mil quince el encausado Manchego Juárez le hizo sufrir acceso carnal a la menor agraviada V.R.M.T. en el domicilio de ésta última, ubicado en la avenida Miraflores, Manzana K, Lote cuatro – Tumulaca. La menor indicó a sus padres, con quienes se encontraba en la celebración de la fiesta de la Virgen del Carmen en el Molino Tumulaca, que deseaba ir a los servicios higiénicos, pero en realidad se dirigió a su domicilio e hizo ingresar al imputado. La madre de la menor, al regresar a su casa, encontró al procesado debajo de la cama escondido.

SEGUNDO. Que, por estos hechos, el imputado Manchego Juárez fue condenado, tanto en primera como en segunda instancia.

∞ El fundamento de la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la pena impuesta, es que no existió prueba de alguna circunstancia agravante, por lo que estimó que el rango aplicable se ubica dentro del tercio inferior, consecuentemente, la pena aplicable debía ser treinta años de privación de libertad, tanto más si no se advirtió la concurrencia de alguna circunstancia atenuante.

TERCERO. Que, tras la interposición y ulterior concesión del recurso de apelación [fojas ochenta, de siete de agosto de dos mil diecisiete; y, fojas noventa, de diez de agosto de dos mil diecisiete, respectivamente], la sentencia de vista precisó, en relación a la pena, lo siguiente:



- A. Se deben tomar en cuenta los criterios de la Sentencia Casatoria número trecientos treinta y cinco – dos mil quince/El Santa, por lo que corresponde aplicar el control difuso.
- B. Al respecto, en el presente caso:
 - i. En la ejecución de los hechos no hubo violencia ni amenaza.
 - ii. La menor tenía una edad cercana a los catorce años
 - iii. No se actuó pericia psicológica que establezca afectación emocional en la víctima.
 - iv. No existe una diferencia muy alta de edad entre la agraviada y el procesado, quien tenía al momento de los hechos veintitrés años.
- C. Se debe considerar el principio de proporcionalidad.
- D. Existe un conflicto entre el referido principio de proporcionalidad y el de legalidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que la menor a la fecha de los hechos tenía trece años y diez meses de edad, cerca de los catorce, por lo que no se justifica la imposición de una pena entre treinta y treinta y cinco años, al no ser indispensable para lograr su fin de protección efectiva, al existir la posibilidad de otras penas alternativas menores de prisión para alcanzar el mismo objetivo.
- E. La pena a imponerse no debe sobrepasar la responsabilidad por el hecho punible. La imposición de la pena debe respetar sus fines (de la pena).
- F. Según la pericia psicológica el encausado no tiene desviaciones sexuales.
- G. El acusado no tiene antecedentes.

CUARTO. Que el Fiscal Superior de Moquegua en su recurso de casación de fojas ciento noventa, de once de enero de dos mil dieciocho, invocó como motivos de casación: infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 3 y 5, del Código Procesal Penal).

Argumentó, en lo específico, que no se aplicó el artículo 45-A del Código Penal para la medición de la pena; que la Sentencia Casatoria número trecientos treinta y cinco – dos mil quince/El Santa estableció criterios para inaplicar la pena conminada para el delito de violación sexual y en el presente caso no se observaron; que al no aplicarse el artículo 45-A del Código Penal se afectó el principio de legalidad.

QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal Supremo, por Ejecutoria de fojas sesenta y siete, de diecinueve de octubre de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede, declaró bien concedido el citado recurso por las causales de infracción de precepto material y de apartamiento de la doctrina jurisprudencial (artículo 429, numerales 3 y 5, del Código Procesal Penal).

∞ La Fiscalía Superior impugnante precisó las razones por las que, a su juicio, la pena impuesta no se amoldó a las exigencias del ordenamiento penal. El



mínimo legal para la conducta delictiva declarada probada es de treinta años de privación de libertad, pese a lo cual, invocándose el principio de proporcionalidad, se rebajó a solo cuatro años de privación de libertad –este criterio está siendo impugnado en casación–. El recurso discute no solo lo que prevé la ley para el delito cometido, sino las reglas de medición de la pena en relación con el principio de proporcionalidad penal. De igual manera, más allá del recurso en cuestión, y ante la argumentación de la sentencia, es de evaluar la corrección jurídica de la Sentencia Casatoria número trescientos treinta y cinco – dos mil quince/El Santa, al no tratarse de una Sentencia Plenaria ni un Acuerdo Plenario.

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día veintinueve de mayo del presente año –La Fiscalía Suprema en lo Penal presentó el correspondiente escrito en el que fijó su posición procesal con fecha veinticuatro de mayo del año en curso [fojas ochenta y dos]–, ésta se realizó con la concurrencia del señor fiscal adjunto supremo en lo Penal, doctor Sandro Mario Paredes Quiroz, parte recurrente, y de la defensa del encausado recurrido, doctor Pedro Guillermo Núñez Ventura, conforme al acta precedente.

SÉPTIMO. Que cerrado 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 y darle lectura en la audiencia programada el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que corresponde dilucidar en esta sede la existencia o no de infracción normativa respecto de la pena impuesta por el Tribunal Superior para el delito de violación sexual de menor de edad en relación a la situación jurídica del encausado recurrido Manchego Juárez, y si la motivación de la sentencia de vista incurrió en un defecto constitucionalmente relevante.

SEGUNDO. Que la sentencia de vista, en concordancia con la sentencia de primera instancia, declaró probado que la agraviada V.R.M.T. cuando conoció al encausado Manchego Juárez tenía doce años y siete meses de edad y en la fecha en que fue abusada sexualmente contaba con trece años y diez meses de edad. Por su parte, el encausado Manchego Juárez tenía en la fecha que conoció a la víctima veintitrés años y cinco meses de edad y en la fecha del acceso carnal veinticuatro años y ocho meses de edad.



∞ Si bien el imputado Manchego Juárez carece de antecedentes –que es una circunstancia atenuante genérica (ex artículo 46, apartado 1, literal ‘a’, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, vigente cuando los hechos)–, no consta en autos la presencia de alguna causal de disminución de la punibilidad (tentativa, eximente imperfecta, complicidad secundaria, error vencible, etc.), que determine la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, ni una regla de reducción por bonificación procesal (confesión sincera, terminación anticipada, colaboración eficaz o conformidad procesal), que permita disminuir la pena concreta en un determinado nivel.

∞ Cabe agregar que el imputado Manchego Juárez no admitió íntegramente los hechos atribuidos e incluso alegó que solo se trató de la tentativa de un acto sexual impedido por la madre de la agraviada y que la propia agraviada en su Facebook señaló que tenía dieciséis años de edad –exposición que, en todo caso, fue desestimada por los jueces de mérito–, por lo que, como es evidente, no es de aplicación la regla de reducción por bonificación procesal de confesión sincera (ex artículo 161 del Código Procesal Penal). En la sentencia de primera instancia, incluso, se precisó, sobre la base de prueba pericial, que la menor presentaba desfloración antigua y la muestra de hisopado vaginal estableció la existencia de cabezas de espermatozoides, indicadores claros de un acto sexual completo.

TERCERO. Que el artículo 45-A, segundo párrafo, del Código Penal, según la citada Ley 30076, estipuló que (1) la pena se determina dentro los límites fijados por la ley –el principio de legalidad penal impone esta consideración previa–, para lo cual el juez debe atender (2) a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad, sin perjuicio de tomar en cuenta (i) las carencias sociales que hubiese sufrido el agente y su rol social, así como (ii) su cultura y costumbres y (iii) los intereses de la víctima, como reza el artículo 45 del Código Penal, según la referida Ley 30076.

∞ Cabe apuntar, respecto de este último punto, que el encausado Manchego Juárez tenía secundaria completa y se dedicaba al oficio de conductor de una combi, mientras que la agraviada era hija de familia y cursaba estudios de secundaria en un colegio de la ciudad de Moquegua. Ambos son de origen humilde y ciudadanos.

CUARTO. Que el delito perpetrado por el encausado Manchego Juárez está previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece –ley vigente cuando se cometió el delito–. La pena que establece es no menor de treinta años ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad.



∞ Desde ya es de puntualizar que aun cuando el imputado Manchego Juárez no ejerció violencia física o amenazas contra la agraviada V.R.M.T. para tener acceso carnal con ella, por su minoría de edad tal consentimiento resulta inexistente –en estos casos el bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual–. Además, el imputado era once años mayor que la agraviada, y a la edad de esta última la diferencia etaria es relevante. La vulnerabilidad de la víctima era patente en ese entonces, de suerte que no puede aceptarse la existencia de relaciones libres, igualitarias y equilibradas entre imputado y agraviada, y menos descartarse un aprovechamiento indebido de esta situación por el imputado. El imputado conoció con anterioridad a la agraviada y, desde que la conoció hasta que le hizo sufrir el acto sexual declarado probado, transcurrió un año y tres meses; tiempo suficiente para conocerla y tomar nota de su edad, tanto más si la propia agraviada le dijo su edad [véase folio catorce de la sentencia de primera instancia].

∞ Asimismo, es de destacar que la agraviada no fue examinada por el perito psicólogo del Instituto de Medicina Legal, de suerte que no es posible sostener que no medió afectación emocional como consecuencia de lo ocurrido. En todo caso, como ya se tiene precisado jurisprudencialmente, la pericia psicológica es un medio de prueba complementaria, pero su ausencia o que, de realizarse, en el momento del examen no arroje estresor sexual, no es relevante para la acreditación del delito de violación sexual.

∞ De igual manera, el hecho de que la pericia psicológica del imputado no concluya que presenta desviaciones sexuales tampoco excluye la comisión del delito de violación sexual. No hay una relación necesaria entre un individuo que no padezca estas afectaciones con la imposibilidad de comisión de los referidos delitos, aunque la presencia de las mismas, sin duda, lo hace más peligroso si abusa de menores de edad.

QUINTO. Que la sentencia de vista invocó como sustento para la medición de la pena la sentencia casatoria vinculante 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis. Empero, esta sentencia fue expresamente declarada sin efecto por la Sentencia Plenaria 1-2018/CIJ-443, de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, publicada en el diario El Peruano el veinte de dicho mes y año. Luego, no es posible sustentarse en ella porque fue expresamente excluida como precedente vinculante y como doctrina jurisprudencial.

∞ Es verdad que la Sentencia Plenaria antes aludida se profirió con posterioridad a la emisión de la sentencia de vista recurrida, empero ello no es óbice para invocarla puesto que lo que el Pleno de los Jueces Supremos en lo Penal hizo fue interpretar los alcances jurídicos de la determinación de la pena en los delitos sexuales, cuyos preceptos –de la parte general y de la parte especial– estaban vigentes cuando el delito se perpetró.



∞ En el caso concreto no existe oposición entre los principios de legalidad penal y de proporcionalidad, ambos de jerarquía constitucional. Salvo los supuestos en los que la pena es absolutamente desproporcionada, las penas fijadas por el legislador deben aplicarse dentro de los márgenes legalmente previstos, que sin duda importan en su determinación por el juez la aplicación, razonada y razonable, del principio de proporcionalidad o prohibición del exceso. En todo caso, debe estarse –si correspondiere– a las posibles excepciones apuntadas en el párrafo veintinueve de la mencionada Sentencia Plenaria.

SEXO. Que, por consiguiente, el Tribunal Superior interpretó incorrectamente las reglas de medición de la pena y el principio de proporcionalidad penal, lo que determinó la fijación de una pena ilegal e injustificada.

∞ De otro lado, las inferencias probatorias en que se sustentó, igualmente, no eran las que correspondían. Incluso desde la sentencia vinculante declarada sin efecto no era de rigor incorporar algunos criterios que indebidamente adoptó, tales como la diferencia etaria –no eran cercana–, el supuesto vínculo amoroso entre imputado y agraviada –el propio imputado, ante el perito psicólogo, vanamente mencionó que no era enamorado de la agraviada [véase folio doce de la sentencia de primera instancia]–, y la plena voluntariedad de la víctima –imposible de aceptar por su minoría de edad–. Además, los criterios adoptados, por lo anterior, resultaron siendo irracionales y con afectación al principio de dignidad de la persona, en este caso de la víctima.

∞ En tal virtud, debe ampararse al recurso de casación del Ministerio Público; y, como para decidir no es necesario un nuevo debate, corresponde emitir una sentencia rescisoria. En primera instancia se impuso el mínimo legal. Esa pena es la que corresponde imponer sin afectar el principio congruencia cuantitativa de la pena. Es de aplicación, por lo demás, el artículo 47 del Código Penal.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas sesenta, de diecinueve de julio de dos mil diecisiete, condenó a Juan Manchego Juárez como autor de delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. –y no V.M.R.T como erróneamente se consignó en la sentencia de vista y calificación de la casación–, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. En



consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete. **II.** Actuando como instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fojas sesenta, de diecinueve de julio de dos mil diecisiete, que condenó a Juan Manchego Juárez como autor de delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. a treinta años de pena privativa de libertad. **ORDENARON** la inmediata recaptura del aludido condenado; sin costas. **III. PRECISARON** que para los efectos del cómputo de la pena privativa de libertad –que llevará a cabo el Juez de la Investigación Preparatoria una vez se recapture al imputado– se descontará el tiempo de carcelería sufrido en aplicación de las medidas de coerción personal de detención y/o prisión preventiva. **IV. DISPUSIERON** se remitan los actuados al órgano de origen para que por ante el órgano jurisdiccional competente se proceda al inicio de la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **V. MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA
CSM/abp

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY
PILAR SALÁS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

- 8 -

06 JUN 2019