

**UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO**

**VALIDEZ NORMATIVA Y TÉCNICAS DE
INTERPRETACIÓN JURÍDICA APLICADAS EN LA
SENTENCIA CASATORIA N° 335-2015 DE LA CORTE
SUPREMA EMITIDA EN EL EXPEDIENTE N° 00375-2013-
83-2501-JR-PE-04; DEL DISTRITO JUDICIAL DEL SANTA
– CHIMBOTE. 2020**

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

**AUTORA
NAVARRO SALDARRIAGA, NEIDY NIMIA**

ORCID:0000-0003-1351-0256

**ASESOR
Mgtr. MURRIEL SANTOLALLA, LUIS ALBERTO**

ORCID:0000-0001-8079-3167

**CHIMBOTE - PERÚ
2020**

EQUIPO DE TRABAJO

AUTOR

Mejía Díaz, Alcides

ORCID: 0000-0002-2460-8948

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Estudiante de
Postgrado, Chimbote, Perú

ASESOR

Mgtr. Murriel Santolalla, Luis Alberto

ORCID: 0000-0001-8079-3167

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Facultad de Derecho y
Ciencia Política, Escuela de Post Grado de Derecho, Chimbote, Perú

JURADO

Mgtr: Huanes Tovar, Juan de Dios

ORCID: 0000-0003-0440-0426

Mgtr: Quezada Apián, Paul Karl

ORCID: 0000-0001-7099-6884

Mgtr: Bello Calderón, Harold Arturo

ORCID: 0000-0001-9374-9210

JURADO EVALUADOR DE TESIS Y ASESOR

Mgtr. HUANES TOVAR, JUAN DE DIOS

Presidente

Mgtr. QUEZADA APIAN, PAUL KARL

Miembro

Mgtr. BELLO CALDERON, HAROLD ARTURO

Miembro

Mgtr. MURRIEL SANTOLALLA, LUIS ALBERTO

Asesor

AGRADECIMIENTO

A Dios, sobre todas las cosas.

A mis familiares, amigos y maestros

RESUMEN

La investigación tuvo como problema: ¿De qué manera se aplican la validez normativa y las técnicas de interpretación jurídica en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 del Santa emitida por la Corte Suprema, en el expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04 , del Distrito Judicial del Santa – Chimbote, 2020?; el objetivo general fue: Determinar la aplicación de la validez normativa y las técnicas de interpretación jurídica en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 del Santa emitida por la Corte Suprema. Es tipo cuantitativo-cualitativo (mixto); nivel exploratorio – hermenéutico; diseño método hermenéutico dialéctico. La unidad muestral fue un expediente judicial, seleccionado mediante muestreo por conveniencia; para recolectar los datos se utilizó las técnicas de la observación y el análisis de contenido; y como instrumento una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos. Los resultados revelaron que la validez normativa **se** presentó en todo su contexto en la sentencia de la Corte Suprema, aplicándose para ello en forma adecuada las técnicas de interpretación. En conclusión, al ser **adecuadamente** aplicadas permiten que la sentencia en estudio de la Corte Suprema se encuentre debidamente motivada, es decir, debidamente argumentada dando las razones en apoyo de las premisas del razonamiento judicial.

Palabras clave: aplicación; derecho fundamental vulnerado; rango y sentencia.

ABSTRACT

The investigation had as problem: In what way are the normative validity and the techniques of legal interpretation applied in the Casatory Sentence N ° 335-2015 of the Santa issued by the Supreme Court, in the file N° 00375-2013-83-2501- JR-PE-04, of the Judicial District of Santa - Chimbote, 2020 ?; The general objective was: To determine the application of the normative validity and the techniques of legal interpretation in the Casatory Sentence N ° 335-2015 of the Santa issued by the Supreme Court. It is quantitative-qualitative (mixed) type; exploratory level - hermeneutic; design dialectical hermeneutic method. The sample unit was a judicial file, selected by convenience sampling; to collect the data, the techniques of observation and content analysis were used; and as a tool a checklist, validated by expert judgment. The results revealed that the normative validity was presented in all its context in the judgment of the Supreme Court, applying in an adequate way the interpretation techniques. In conclusion, when properly applied, they allow the sentence under study of the Supreme Court to be duly motivated, that is, duly argued, giving the reasons in support of the premises of the judicial reasoning.

Keywords: application; fundamental right violated; rank and sentence.

CONTENIDO

	Pág.
1. Título de la tesis	i
2. Hoja de firma del jurado y asesor	ii
3. Hoja de agradecimiento.....	iii
4. Resumen	iv
5. Abstract	v
6. Contenido (Índice)	vi
7. Índice de cuadros	ix
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. MARCO TEÓRICO	7
2.1. Antecedentes.....	7
2.2. Marco teórico.....	8
2.2.1. Papel del Juez en el Estado de Derecho	8
2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de derecho	8
2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho	9
2.2.2. Validez de la Norma Jurídica.....	9
2.2.2.1. Concepto	9
2.2.2.2. Estructura lógico formal de la norma jurídica	9
2.2.2.3. Estructura jerárquica del sistema jurídico normativo peruano.....	10
2.2.2.4. Validez.....	11
2.2.2.4.1. Criterios de validez de la norma.....	11
2.2.2.4.2. Jerarquía de las normas.....	12
2.2.2.4.3. Las normas legales	12
2.2.2.5. Verificación de la norma	13
2.2.2.5.1. Concepto	13
2.2.2.5.2. Control Difuso.....	13
2.2.2.5.3. Test de proporcionalidad	14
2.2.2.6. Derechos fundamentales	15
2.2.2.6.1. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales	15
2.2.2.6.2. Conceptos.....	15

2.2.2.6.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho.....	15
2.2.2.6.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del derecho.....	16
2.2.2.6.5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial.....	16
2.2.2.6.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio.....	17
2.2.2.6.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio.....	18
2.2.3. Técnicas de interpretación.....	29
2.2.3.1. Concepto.....	29
2.2.3.2. La interpretación jurídica.....	29
2.2.3.2.1. Conceptos.....	29
2.2.3.2.2. Función e importancia de la interpretación jurídica.....	29
2.2.3.2.3. La interpretación en base a sujetos.....	29
2.2.3.2.4. La interpretación en base a resultados.....	30
2.2.3.2.5. La interpretación en base a medios.....	30
2.2.3.4. Argumentación jurídica.....	31
2.2.3.4.1. Concepto.....	31
2.2.3.4.2. Vicios en la argumentación.....	32
2.2.3.4.3. Componentes del argumento.....	32
2.2.3.4.4. Argumentación en base a sujeto.....	33
2.2.3.4.5. Argumentos interpretativos.....	37
2.2.3.4.6. Teoría de la Argumentación Jurídica.....	40
2.2.3.4.7. Problemas de la actividad judicial.....	41
2.2.4. Derecho a la debida motivación.....	42
2.2.4.1. Importancia de la debida motivación.....	42
2.2.4.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces..	42
2.2.5. La sentencia casatoria penal.....	43
2.2.5.1. Definiciones.....	43
2.2.5.2. Causales para la interposición de recurso de casación.....	43
2.2.5.2.1. Infracción de preceptos Constitucionales.....	43
2.2.5.2.2. Infracción de normas sustanciales.....	44
2.2.5.2.3. Infracción de normas procesales.....	44
2.2.5.2.4. Infracción a la logicidad de la sentencia.....	44
2.2.5.2.5. Apartamiento de la Doctrina Jurisprudencial de la Corte Suprema.....	44
2.2.5.2.6. Causales según caso en estudio.....	45

2.2.5.2.7. Características de la Casación	45
2.2.6.3. La casación penal en nuestro sistema jurídico peruano.....	46
2.2.6.4. Fines del recurso de casación penal	46
2.2.6.5. Clases de Casación	47
2.2.6.5.1. Por su amplitud.....	47
2.2.6.5.2. Por la naturaleza de la norma que le sirve de sustento	47
2.2.6.6. Requisitos de admisibilidad del recurso de casación	47
2.2.6.7. Limitaciones a la procedencia del recurso de casación	48
2.3. Marco Conceptual	49
2.4. SISTEMA DE HIPÓTESIS	50
III. METODOLOGÍA.....	50
3.1. Tipo y Nivel de investigación.....	50
3.2. Diseño de investigación.....	52
3.3. Población y Muestra.....	52
3.4. Definición y operacionalización de las Variables y los indicadores.....	52
3.5. Técnicas e instrumentos	53
3.6. Plan de análisis.....	53
3.7. Matriz de consistencia	55
3.8. Principios éticos.....	58
IV. RESULTADOS	59
4.1. Resultados.....	59
4.2. Análisis de resultados.....	150
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	161
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	
ANEXOS:	
ANEXO 1: Cuadro de Operacionalización de las Variables.....	
ANEXO 2: Cuadro descriptivo del procedimiento de recolección, organización, calificación de datos, y determinación de la variable.	
ANEXO 3: Declaración de Compromiso Ético.	
ANEXO 4: Sentencia de la Corte Suprema.....	
ANEXO 5: Matriz de consistencia lógica	
ANEXO 6: Instrumento de recojo de datos (Lista de cotejo)	

ÍNDICE DE CUADROS

	Pág.
Resultados parciales de la sentencia de la Corte Suprema.....	59
Cuadro 1: Con relación a la Validez Normativa.....	59
Cuadro 2: Con relación a las Técnicas de Interpretación.....	103
Resultados consolidados de la sentencia de la Corte Suprema.....	148
Cuadro 3: Con relación a la Validez Normativa y a las Técnicas de Interpretación.....	148

I. INTRODUCCIÓN

La formulación del presente informe, obedece a las exigencias previstas en el Reglamento de Investigación (RI) - Versión N° 0.15 (ULADECH, 2020), y a la ejecución de la Línea de Investigación (LI) de la Escuela de Posgrado de Derecho - Maestría; razón por la cual, se denomina “Validez de la normativa y Técnicas de interpretación aplicadas en las sentencias emitidas por los Órganos Supremos de Justicia del Perú. 2020” (ULADECH, 2020), cuya base documental son las sentencias pertenecientes a los Órganos Jurisdiccionales Supremos de Justicia del Perú.

Como puede observarse del título de la Línea de Investigación revela dos propósitos, uno inmediato y el otro mediato; el primero, queda satisfecho con el análisis de las sentencias provenientes de la Corte Suprema, siendo estas materia de estudio, pertenecientes a procesos individuales concluidos, determinándose en cada estudio la técnica de interpretación así como la validez normativa; mientras que, el segundo propósito será contribuir a que los órganos supremos emitan una sentencia debidamente motivada, tomando en cuenta lo reflejado en el contenido del presente informe individual.

Por tal motivo, del propio Reglamento de Investigación (RI) se desprenderá el meta análisis, que es el reflejo de los resultados en términos generales de la línea de investigación, del cual provendrán de los resultados que se alcancen con la presente investigación individual.

Razón por la cual siendo la investigación de tipo cuantitativa-cualitativa (mixta), de nivel exploratorio – hermenéutico, para la recolección de los datos se ha seleccionado un expediente judicial de proceso concluido, aplicando el muestreo no probabilístico denominado técnica por conveniencia, lo que conllevó utilizar para ello las técnicas de la observación y el análisis de contenido, aplicándose una lista de cotejo el cual contiene los parámetros de medición, referentes al tema de investigación, el cual fue validado mediante juicio de expertos. Por lo que se evidencia que la presente investigación cuente con rigor científico en la propia recolección, identificación y análisis de datos obtenidos.

En el presente estudio, de los datos del expediente se desprende que mediante sentencia casatoria N° 335-2015 **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto

por la señora FISCAL SUPERIOR DE LA TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DEL SANTA, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: **i)** Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2) del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; **ii)** Modificar la pena impuesta – treinta años -, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra G.C.V.M, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista mencionada, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa. **II. ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto de la presente sentencia casatoria, de conformidad con los dispuesto en el artículo 433°, inciso 3°, del Código Procesal Penal. **III. EXONERARON** a la representante del Ministerio Público del pago de costas procesales en la tramitación del recurso de casación. **IV. DISPUSIERON** dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el Diario Oficial “El Peruano”; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; y los devolvieron. **SS. V.S./R.T./P.P./H.P/N.F.**

Ante una observación a la realidad problemática, se evidencia en un primer contexto que frente a un Estado Constitucional de Derecho existente, exige al sistema judicial de brindar al proceso penal de ciertas garantías que se instauran como máximas a respetar durante todo el proceso, siendo la más importante, la que se instaura en el debido proceso, la cual expresa diversos tipos de controles y prerrogativas en las decisiones jurisdiccionales; pero que en cuanto a la tramitación del recurso de casación debe darse primacía al interés de salvaguardar la integridad del ordenamiento jurídico, lo que se conoce como “ius constitutionis”, frente al interés del recurrente o de los justiciables “ius litigatoris”, la que sí tiene prioridad tratándose en materia de apelación y no a la inversa

como viene siendo comprendido por algunos operadores del derecho. En tanto que en un segundo contexto; por parte de los impugnantes viene aun existiendo una comprensión errada sobre los fines que tiene el Recurso de Casación, es decir desnaturalizando su propia naturaleza; en el sentido de considerarla como una tercera instancia, no siendo una instancia de revisión como lo es la apelación, sino un recurso extraordinario; como así también la de evidenciar escaso conocimiento en las casaciones sobre el fondo, que vienen siendo emitidas a través de la misma Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.

Sin embargo, se debe señalar que también existen casaciones emitidas por la Corte Suprema que han contribuido en precisar los requisitos tanto sustanciales como formales del citado recurso, o en la de esclarecer instituciones del nuevo modelo procesal penal, sobre todo los de naturaleza sustancial o que tienen la naturaleza de doctrina jurisprudencial vinculante. Por ello la trascendencia e importancia en nuestro sistema jurídico de ser considerada la Casación como recurso extraordinario, el cual permite afianzar las garantías constitucionales del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal, como de presunción de inocencia.

No obstante, en la práctica misma el magistrado al momento de tomar una decisión determinada recurre más a la figura de la subsunción, evidenciándose una pasividad de función jurisdiccional reflejada en casi la mayoría de instancias, más aun tratándose de poder interpretar normas con su respectiva argumentación para un determinado caso concreto.

Debido a que los casos en sí, no se presentan fáciles como para extraer la conclusión de las premisas predisuestas, sino que para llegar a fijarlas, se debe enfrentar diversos problemas (relevancia, interpretación, prueba y calificación) cuya solución no está exenta de valoraciones, es decir preferencia por un determinado argumento interpretativo o en la ponderación entre principios de ser el caso, por ello el razonamiento jurídico es un razonamiento de tipo práctico que debe evidenciarse en las mismas sentencias que emiten los órganos supremos penales peruanos.

Y que con relación a el control de la racionalidad de las decisiones judiciales, tal como lo

señala el autor Ezquiaga (2013) “no garantiza en todos los casos la certeza del Derecho, y que para poder prever un pronunciamiento futuro es condición indispensable que la jurisprudencia de los tribunales superiores sea constante y que no cambien de criterio” (p.120). Conllevando de esta manera a que, si el órgano jurisdiccional inferior no se ajusta a la jurisprudencia, entonces el órgano de control deberá de verse en la situación de sustituirla por otra que aplique el criterio asentado, ya que en toda sentencia emitida por un órgano jurisdiccional se espera evidenciar no solo razonabilidad sino también racionalidad.

Conllevando de esta manera a que las resoluciones judiciales, en este caso en estudio, las sentencias que son emitidas por la Corte Suprema, deban utilizar los magistrados de éste Órgano Supremo adecuadamente las técnicas de interpretación, así como también el cumplimiento en cuanto a la norma jurídica, toda vez que en ella no solo encierra vigencia, sino la propia validez como eficacia, la misma que se verá reflejada en la descripción de una sentencia emitida por un órgano supremo de justicia del Perú, lo cual atañe por medio de los Magistrados Supremos tomar criterios fijados precedentemente, apartándose de esta manera del criterio discrecional.

Por lo que se comparte con lo señalado por el Tribunal Constitucional: “para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica (STC N.º 0010-2002-AI/TC).”

Conllevando de esta manera a que desarrollar la validez de la norma jurídica en las sentencias supremas, suponen que los magistrados razonablemente deberán emplear las técnicas de interpretación jurídica teniendo en cuenta los hechos y el derecho, para que una sentencia se encuentre debidamente motivada; aplicando asimismo el test correspondiente al caso.

b) Enunciado del problema:

¿De qué manera se aplican la validez normativa y las técnicas de interpretación en la sentencia casatoria N° 335-2015 emitida por la Corte Suprema, en el expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04 del Distrito Judicial del Santa – Chimbote, ¿2020?

3.2. Objetivos de la investigación

a) Objetivo general

Determinar la aplicación de la validez de la normativa y las técnicas de interpretación en la sentencia casatoria N° 335-2015 emitida por la Corte Suprema, en el expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04 del Distrito Judicial del Santa – Chimbote. 2020

b) Objetivos específicos

1. Determinar la validez normativa, en base a la validez formal y validez material.
2. Determinar la verificación normativa, en base al control difuso.
3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados, y medios.
4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración en base a la analogía, los principios generales, la laguna de ley, y a los argumentos de interpretación jurídica.
5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, sujeto, y a los argumentos interpretativos.

Por ello el presente informe de investigación surge de la realidad social peruana, en donde la aplicación de la validez de la norma jurídica no es idónea o no se aplica en la mayoría de los casos, tal es así que las técnicas de interpretación se emplean con deficiencias en las argumentaciones de las sentencias que emiten incluso la Corte Suprema, que según caso en estudio, son las Salas Penales Supremas, evidenciándose falta verificación de la norma, en base al control difuso, pese a existir la obligación de expresar en la decisión el razonamiento interpretativo para determinar el significado otorgado a la disposición o disposiciones empleadas. Por ello, es trascendental el estudio sobre la aplicación de la validez de la norma y técnicas de interpretación.

Por este motivo, se reconoce que los más beneficiados para con la presente investigación sean los ciudadanos sujetos a los órganos judiciales pertinentes, para dotarles con la capacidad para poder encontrar en los fallos judiciales contenido comprensible y claro

sobre lo decidido así como de sus respectivos fundamentos; en tanto que en los magistrados, se logre en sus sentencias emitidas no solo que se encuentren justificadas sino también que sean suficientes; es decir de evidenciar porque se ha escogido dicho tipo de argumento o porque es el más adecuado frente a otros existentes, guardando estrecha relación con el tema de investigación.

En este caso, la investigación se encuentra respaldada por una serie de teorías y sirven de bases sólidas para la mejor comprensión de los contenidos desencadenantes de la investigación toda vez que dichas teorías permitirán mejorar el conocimiento de la propia actividad por parte de los magistrados, así como comprender los ámbitos que encierran, en el sentido que en cuanto a la Teoría de la Argumentación Jurídica permite describir y prescribir sobre la práctica del Derecho y que en cuanto a la Teorías de la Interpretación Jurídica conllevará a poder comprender a través de sus propios criterios los sentidos o significados a la ley para un caso concreto, en este caso visto por la Corte Suprema.

En tal sentido, la investigación contiene aplicación del método científico, con la finalidad de poder alcanzar el cumplimiento del propio procesamiento de datos en sus diversas fases, el mismo que se plasma en el capítulo III: Metodología dando a conocer el tipo, nivel y diseño de investigación a emplear para la presente investigación, permitiendo de esta manera también evidenciar la existencia del respectivo instrumento de medición por la cual podrá ser evaluada la sentencia emitida por la Corte Suprema a través de su respectiva sala según la especialidad y de ésta forma resolver la interrogante de investigación.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. Antecedentes

2.1.1. Antecedentes de la investigación

Serrano & Solano (2010), en Colombia, investigaron: *“El Nuevo régimen de casación penal: producto de un proceso de flexibilización del recurso”*, y sus conclusiones fueron: El recurso extraordinario de casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias de segunda instancia proferidas en un proceso de juzgamiento penal; que no origina una tercera instancia y por ende no se debaten los hechos que dieron origen a la investigación penal, sino que está dirigido a confrontar la sentencia condenatoria o absolutoria con la ley para concluir si aquella se ciñó a esta y tiene validez jurídica. De este medio de impugnación conoce la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal y tiene como finalidad unificar la jurisprudencia en esta materia, promover la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido.; La casación penal como juicio técnico de impugnación contra la sentencia de instancia por considerarla violatoria de la ley penal sustantiva o de la ley procesal, obedece a unos principios básicos que la rigen, en aras de su viabilidad y a efectos de su prosperidad. Estos principios son los de Taxatividad, Limitación e interés para recurrir, Principio de no agravación, Principio de Debida Técnica, y de proposición jurídica completa.; El recurso extraordinario de casación penal en Colombia encuentra sus orígenes en la constitución de 1886, estableciéndose históricamente hasta 1991 en 9 leyes que la modificaron según el contexto histórico, pero conservando durante todo el siglo el rasgo común de establecer un régimen riguroso, en el cual los principios de limitación, debida técnica y proposición jurídica completa eran tan fuertes que primaban sobre cualquier otra disposición. Conllevando esto a que el recurso fuera visto como un recurso demasiado formalista.; Con la expedición de la constitución de 1991, existe un cambio de paradigma en el sistema jurídico colombiano que hace que todas las instituciones jurídicas tiendan a garantizar la primacía de los derechos y garantías fundamentales sobre las formalidades. La casación penal no es ajena a este cambio de paradigma, por lo cual desde el mismo año con el decreto 2700 empieza a tener una serie de modificaciones tendientes a buscar un régimen de casación que represente los postulados garantistas de la constitución, lo cual es ratificado en la ley 600 de 2000 en la cual se consagra un régimen casi idéntico que el establecido en el decreto 2700, pero

mucho más sólido y garantista gracias al desarrollo jurisprudencial del mismo.; Como producto de este proceso de flexibilización del recurso extraordinario de casación penal, se estipuló en la ley 906 de 2004 un régimen mucho más flexible en el cual procura de conseguir la prevalencia del derecho material, la guarda de las garantías, la reparación de agravios y la unificación de la jurisprudencia la Corte está facultada para superar los defectos de la demanda de casación, lo que quiere decir que se estipula un régimen de casación en función de los fines del mismo y ya no, como en los anteriores, en función de las causales. De esa forma se reduce al mínimo, mas no desaparecen, los principios de limitación, debida técnica y proposición jurídica completa, representando así un verdadero mecanismo eficaz que corrija los yerros cometidos en un proceso penal cuando afectan derechos o garantías fundamentales sin importar el quantum punitivo del delito, permitiendo que a diferencia de los anteriores regímenes se acceda al recurso en procura de lograr los fines para los cuales fue creado.; Del trabajo de campo realizado frente a los criterios de inadmisión se denota una falta de fundamentación técnica de los casacionistas a la hora de desarrollar los ataques jurídicos a las sentencias. Si bien con la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004 se reducen los índices de inadmisión de recursos de casación y pese a las disposiciones garantistas en esta ley consagrados, se siguen presentando rechazos a los libelos presentados por deficiente técnica argumentativa ya que los censores pretenden convertir la sede de casación en una tercera instancia, donde se reabra de nuevo el debate probatorio o el debate de culpabilidad, lo cual contrasta con su naturaleza de recurso extraordinario y con su principal característica de ser un juicio de legalidad y constitucionalidad a la sentencia recurrida. Esta ausencia de conocimiento jurídico por parte de los abogados que recurren en casación, al no dominar las técnicas argumentativas, provoca no solo la inadmisión de la demanda, sino a su vez, resta la posibilidad de examen al fallo recurrido, cuestión esta que disminuye las potencialidades de garantía de derechos fundamentales, y por, sobre todo, de uno de los bienes más preciados como es la libertad.

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO DE DERECHO

2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de derecho. -

Elías Díaz (citado por Hernández García, 2013) describe:

El Estado de derecho como la institucionalización jurídica de la democracia, en su inevitable conexión con esta, de fondo, fáctica y prescriptiva. Las características y

exigencias de este tipo de sistema político-constitucional se contraponen a las propias de los Estados absolutos, totalitarios, dictatoriales o autoritarios. (pág. 117)

2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho. -

“El estado constitucional son aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter normativo: la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador sino a una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad “cuantificada” (el poder constituyente) es la norma “más alta”, por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte así en su parámetro de validez”. (Gascón, 2003, p.21)

2.2.2. VALIDEZ DE LA NORMA JURÍDICA

2.2.2.1. Conceptos

“La validez de una disposición jurídica consiste en que esta sea coherente y conforme a las normas que regulen el proceso formal y material de su producción normativa jurídica. Esto significa, en otras palabras, que para que una norma sea válida, además de su vigencia, es necesario que sea coherente en contenido con las normas superiores (...)”. (Castillo Calle, 2012)

“Para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica (STC N.º 0010-2002-AI/TC)”.

2.2.2.2. Estructura lógico formal de la norma jurídica

En la estructura lógico formal de la norma jurídica, se puede observar que está constituida por tres elementos, estos son:

- El supuesto de hecho,
- El efecto jurídico, y
- El vínculo de deber ser. (Castillo Calle, 2012)

La norma jurídica puede ser definida no sólo en base a su estructura interna si no también, en base la finalidad que persigue, esto es su funcionalidad de acuerdo al objetivo que

persigue, que es justamente el de establecer directa o indirectamente reglas de conducta; reglas que son tuteladas por el *ius imperium* de nuestro Estado. (Montero, citado por Castillo Calle, 2012)

2.2.2.3. Estructura jerárquica del sistema jurídico normativo peruano

Para la doctrina jurídica de Hans Kelsen el ordenamiento jurídico, es el “Sistema de normas ordenadas jerárquicamente entre sí, de modo que traducidas a una imagen visual se asemejaría a una pirámide formada por varios pisos superpuestos. A la vez esta jerarquía demuestra que la norma inferior encuentra en la superior la razón o fuente de su validez. La Constitución Política del Perú, establece una rígida sistematización jerárquica del ordenamiento jurídico peruano, por lo que a continuación pasaremos a conceptualizar todas y cada una de ellas, de acuerdo a su relevancia, en el plano nacional, local y regional:

A. En el Plano Nacional:

- La Constitución.
- La ley.
- Las leyes orgánicas.
- Las leyes ordinarias.
- Las resoluciones legislativas.
- Los decretos legislativos.
- Los decretos de urgencia.
- Decretos supremos.
- Resolución suprema.
- Resolución ministerial.
- Resolución viceministerial.
- Resolución directoral.
- El reglamento del Congreso.
- Los tratados con rango de ley.
- Los decretos ley.
- Las sentencias del Tribunal Constitucional.

B. En el Plano Local:

- Las ordenanzas municipales.
- Los acuerdos municipales.

- Los decretos de alcaldía.
- Las resoluciones de alcaldía.

C. **En el Plano Regional:**

- Ordenanzas regionales.
- Acuerdo regional.
- Decretos regionales.

2.2.2.4. Validez

2.2.2.4.1. Criterios de validez de la norma

Castillo (2012), afirma:

La validez de una disposición jurídica consiste en que esta sea coherente y conforme a las normas que regulen el proceso formal y material de su producción normativa jurídica. Esto significa, en otras palabras, que para que una norma sea válida, además de su vigencia, es necesario que sea coherente en contenido con las normas superiores, esto es, no incompatible con ellas. Por eso nuestro máximo intérprete de la Constitución ha señalado:

“(...) si bien, por definición toda norma valida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma valida. (...)”

El ordenamiento jurídico está integrado solamente por normas jurídicas validas; las normas inválidas no están dentro del derecho. Para establecer si una norma pertenece o no al ordenamiento jurídico hay que pasar de grado en grado, de poder en poder, hasta llegar a la forma fundamental que es la que, le da validez y unidad al complejo y enredado ordenamiento jurídico. Por este motivo, la norma fundamental se coloca al estilo Kelseniano, en el vértice del sistema, porque con ella se relacionan todas las otras normas. Norma suprema que no es otra más que nuestra Constitución Política del Perú. (p.6)

La norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertinencia de una norma en un ordenamiento, en otras palabras; es el fundamento de validez de todas las normas del sistema. Por lo tanto, no sólo la exigencia de la unidad del ordenamiento sino también la exigencia de fundar la validez del ordenamiento nos lleva a exigir la norma fundamental, la cual es, asimismo, el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento, por lo que debemos de señalar que no existirá ordenamiento jurídico sin norma fundamental. (p. 6)

La vigencia de una norma consiste en que la disposición jurídica, “haya sido creada siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente”. Es decir que la vigencia atañe a un concepto esencialmente formal: la producción de la disposición jurídica debe haber sido correcta. (p. 7)

Para determinar que una norma está vigente no es necesario analizarla desde un punto de vista de su contenido y de su compatibilidad con las normas de rango superior. Desde luego, y aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente, la vigencia supone que la disposición no haya sido derogada o modificada; la vigencia ocurre entre el momento de entrada en vigor y el momento de terminación de la existencia de la disposición jurídica. (p. 7)

2.2.2.4.1.2. Validez formal

La validez formal está orientada a la realización teniendo en cuenta la forma y así completar resultados, siendo que los mismos son emanados por el órgano competente.

2.2.2.4.1.3. Validez material

La validez material de la norma consiste en la verificación o comprobación de su constitucionalidad o legalidad.

2.2.2.4.2. Jerarquía de las normas

Según los autores Rubio & Arce (2017) refieren:

“Si a pesar de la diversidad de fuentes es posible seguir hablando de un ordenamiento jurídico estatal unitario es porque las normas que ellas producen guardan respeto al principio de jerarquía. Ello, precisamente, lo convierte en un sistema jurídico. Nuestra Constitución, en su artículo 51, señala que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las de inferior jerarquía y así sucesivamente [...]”. “Por lo que la jerarquía implica un orden formal de carácter vertical de las fuentes que, a nuestro modo de ver trasunta también una visión política de los órganos con poder normativo”. (pp. 65-66)

2.2.2.4.3. Las normas legales

2.2.2.4.3.1. Las normas

Una norma jurídica es un precepto, dictado por autoridad competente, que establece determinada regla, a la que se deben ajustar las conductas, actividades y tareas de las personas, naturales o jurídicas, y tienen como fin asegurar la delimitación y la coordinación de los intereses, tantos privados como públicos: en otras palabras asegurar la convivencia social. Su camino es el interés protegido y su meta es la paz jurídica. (Sánchez –Palacios Paiva, 2009).

2.2.2.4.3.2. Clasificación de las normas

De acuerdo a su naturaleza de las normas son sustantivas o procesales. Esto se determina con independencia del cuerpo legal en que se ubique. *Las normas de derecho sustantivo o material*, son aquellas que establecen derechos y obligaciones para las personas; son sustantivas porque existen de manera independiente y son materiales, porque son reales en el sentido de su existencia. *Normas adjetivas, procesales, formales o instrumentales*, son aquellas que establecen reglas para el actuar de las personas en los procesos, sea judicial o extrajudicial; son las formalidades que se deben cumplir al realizar determinados actos procesales. (Sánchez-Palacios Paiva, 2009, p. 141)

2.2.2.4.3.3. Normas de derecho objetivo

La Corte Suprema, en las Casaciones N° 1633-96 de 25 de abril de 1998, N° 3232-98 de 13 de enero de 1999 y 92-99 de 27 de enero del mismo año, ha señalado:

“Las normas jurídicas se agrupan en dos categorías, unas reconocen un derecho o imponen una obligación, en tanto que otras establecen los requisitos y reglas que se deben observar para activar la potestad jurisdiccional del Estado, de allí que las primeras se llaman normas materiales o sustantivas y las segundas, procesales, formales o adjetivas y que su naturaleza se aprecia independientemente de Cuerpo Legal en que se encuentre. Esto se determina por el análisis de la propia norma”.

2.2.2.4.3.4. Normas procesales

Son las que determinan formas que se encuentran estipuladas para ser empleadas en ciertos supuestos. En aras del recurso de casación, se define a la norma procesal como aquella por la cual se establecen normas que las hace suyas el órgano judicial y las partes. (Sánchez- Palacios Paiva, 2009).

2.2.2.5. Verificación de la norma

2.2.2.5.1. Concepto. - La constatación normativa se da a través del control difuso, como a través del test de proporcionalidad.

2.2.2.5.2. Control Difuso

“El control difuso de constitucionalidad de la ley requiere del análisis exhaustivo de la norma puesta a control, y de otra parte del principio o disposición constitucional herida jurídicamente. De modo que la norma legal puesta a estudio para verificar su legalidad o ilegalidad jurídica constitucional requiere que el juez la estudie con tino desmembrando e interpretando los supuestos vicios al principio o regla constitucional. En suma, requiere una reflexión sistemática y jurídica del operador judicial, para lo cual echa mano a la hermenéutica y principios de interpretación constitucional, es decir, realizará la interpretación del texto legal de manera que sea compatible con la Constitución. Luego de lo cual si de ningún modo la ley guarda coherencia constitucional la inaplica para el caso concreto llevado a conocimiento, en tal decisión no se produce el efecto erga omnes, por ser una cuestión incidental”. (Pérez, 2013, p.429).

2.2.2.5.2.1. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo el análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción,

pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona. (STC. Exp. N° 0010-2002-AI-TC de fecha 03.01.2003)

2.2.2.5.2.2. Juicio de ponderación

Tal como lo señala el autor Aleinikoff (citado por García, 2012), refiere a una decisión judicial que analiza una cuestión constitucional identificando los intereses implicados en el caso y llega a una decisión; o crea una norma en Derecho Constitucional al asignar explícita o implícitamente valores a los intereses identificados”. (p.171)

2.2.2.5.3. Test de proporcionalidad

2.2.2.5.3.1. Reglas de ponderación (o juicio de proporcionalidad)

Según Bernal (citado por Figueroa, 2012) indica que:

La ponderación como método de resolución de controversias en sede constitucional presupone una colisión entre derechos fundamentales. Del cual el autor señala que “los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quién la única manera de aplicar el derecho de la subsunción (...) A partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario. (p. 74.)

2.2.2.5.3.2. Ponderación y subsunción

Suele decirse que la ponderación es el método de resolución judicial alternativo a la subsunción, por lo tanto la ponderación no excluye a la subsunción, pero tampoco puede ser comprendida en sentido estricto como una alternativa a la misma. Todo por dos razones: *la primera* sino existe conflicto de intereses, no se lleva a cabo esta; y *la segunda* ante un conflicto de principios; antes de ponderar es necesario subsumir, confirmando que el caso se halla sido incluido en el campo de aplicación de los dos principios. (Gascón, 2003, p. 304).

2.2.2.5.3.3. Aplicación del Test de Proporcionalidad

A. **Concepto:** “Versión metodológica de la ponderación, como mecanismo de solución de controversias entre principios constitucionales. Lo que conlleva a sostener que es un filtro de legalidad y licitud constitucional que pretende eliminar todas aquellas medidas, habilitaciones o prohibiciones que sean inútiles, innecesarias o exijan un sacrificio exagerado de los derechos fundamentales”. (García, 2012, p. 286)

B. Estructura del principio de proporcionalidad:

El Test de Proporcionalidad está compuesto por los siguientes exámenes:

1. **Idoneidad.** - este principio implica que toda injerencia en los derechos fundamentales del sujeto se orienta a fomentar un objetivo constitucional legítimo. Por lo tanto, este resulta legítimo, siendo que la idoneidad de la medida sub examine para su consecución. Es así, que debe examinarse si la medida es adecuada, ya que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de la inconstitucionalidad de la misma
2. **Necesidad.** - Al respecto Fernández (2009) señala que “la norma será necesaria si no hay otra más suave que tenga igual o mayor eficacia. El principio de necesidad se edifica sobre el de idoneidad”.
3. **Proporcionalidad en sentido estricto.** - En sentido estricto presupone que la intervención en los derechos fundamentales para que ostente legitimidad constitucional debe tener un objetivo de satisfacción por lo menos equivalente a grado de afectación del derecho fundamental. Se deduce que esto llevaría a resolver conflictos entre principios (Prieto, 2010).

2.2.2.6. Derechos fundamentales

2.2.2.6.1. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales

Se comparte con lo sostenido por el autor Mazzaresse (2010), en el sentido que los derechos fundamentales no solo vienen teniendo connotación en el punto de vista procedimental, sino en el sentido de evidenciar los argumentos que intervienen en el razonamiento judicial cuando tiene como objeto al ventilarse un caso determinado la realización o tutela de derechos fundamentales.

2.2.2.6.2. Concepto. -

“Son la afirmación de valores, a realizar, tutelar o promover y/o la afirmación de medios necesarios para la realización, la tutela o la promoción de valores”. (Mazzaresse, 2010. P.242).

2.2.2.6.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho

Según Mazzaresse (2010) sostiene:

“Que la positivación (la explícita formulación y enunciación) de los derechos fundamentales en los textos constitucionales y/o en documentos normativos de rango constitucional, conjuntamente con la preadopción de medidas para garantizar su realización y su tutela, ha tenido efectos cada vez más invasivos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en los que ha tenido lugar, condicionando cada vez más radicalmente el concepto mismo de Derecho en su dimensión ontológica, epistemológica y fenomenológica; esto es, condicionando y estimulando una redefinición (...) de identificación del Derecho, de las formas de su conocimiento y de los modos de su realización y/o aplicación en las que estimula y legitima la tematización de un modelo

jurídico diferente y distinto del propio del estado (liberal) de derecho: esto es, modelo del Estado constitucional de Derecho.

Que con respecto a los criterios de identificación de las normas de un ordenamiento, no se agotan en los únicos criterios de carácter formal consistentes en la conformidad de la producción normativa con las meta normas de procedimiento y de competencia, sino que están flaqueados e integrados por criterios de carácter material consistentes en la conformidad de la producción normativa con los valores expresados por los derechos fundamentales explícitamente positivizados.

Los modos de realización y/o aplicación (judicial) del Derecho no se reduce a un mero reconocimiento de la ley o a una concreción mecánica de la misma, sino que son ellos mismos inducidos a tener en cuenta los valores expresados por los derechos fundamentales, enunciados a nivel constitucional, tanto en la interpretación, como, si fuere el caso, en la denuncia de la eventual inconstitucionalidad de la ley”. (pp. 234-236)

2.2.2.6.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del derecho

Al respecto Mazzaresse (2010) refiere:

“El papel de carácter procedimental en la articulación de las formas y de los modos de la aplicación judicial es el papel de carácter sustancial que, en muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, los derechos fundamentales tienen en la y para la decisión de las controversias. El papel de los derechos fundamentales en modo positivo es cuando se da tutela judicial, en forma directa o indirecta; en modo negativo cuando, por el contrario, por razones derivadas del desarrollo de algunas actividades procesales, la ley permite la posibilidad de una derogación de los mismos. (p. 238)

2.2.2.6.5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial

Se comparte con lo sostenido por el autor Mazzaresse, en cuanto a que viene teniendo trascendencia el papel propio de estos derechos tanto en el espacio del procedimiento, como en el aspecto de la jurisdicción, en referencia a los derechos y el ámbito judicial.

2.2.2.6.5.1. Dificultades epistemológicas

De acuerdo con Mazzaresse (2010) afirma:

Que el primer orden de dificultades afecta a la *re* (definición) de los criterios de identificación del Derecho (normas válidas cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico) y a la definición de los cánones de cognoscibilidad de los mismos derechos fundamentales que constituyen la dimensión sustancial de los criterios de identificación del derecho válido, esto es, la conformidad (o al menos la no disconformidad) con los valores de los que ellos mismos son expresión y en segundo orden de dificultades afecta a la (*re*) definición, de la tesis de la no univocidad de la interpretación jurídica.

Por lo que estos dos órdenes de problemas no pueden dejar de estar estrechamente conectados porque identificación e interpretación del Derecho válidos son dos momentos, complementarios y simétricos, del conocimiento del Derecho asimismo estas dos órdenes son consecuencia de una triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales, del conjunto de lo que, según los casos, se asume que tiene (puede y/o debe tener) valor de derechos fundamentales.

Sin embargo cabe señalar que la primera razón de la indeterminación afecta a los criterios de identificación de los derechos fundamentales a incluir en la redacción de su catálogo; la segunda y la tercera razón afectan, por el contrario, a los criterios de interpretación (de las formulaciones) de los derechos fundamentales incluidos en un catálogo dado tanto en la razón de la pluralidad de concepciones de los valores subyacentes a los mismos, como en razón de su (potencial) competencia (sincrónica y diacrónica). (pp. 243-245)

2.2.2.6.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio

Garantía al Principio de Legalidad.- Si bien es cierto se encuentra enmarcada en el artículo 2 inc. 24, literal d, de la Constitución; en el art. II del Código Penal del Título Preliminar, éste representa la más valiosa garantía a los derechos y libertades del ciudadano, donde se sintetizan los demás principios informadores del Derecho penal (Castillo, 2002, p. 63), guarda conexión con el principio *nullum crimen nulla pena sine lege*, la de poder determinar el castigo dentro de los límites señalados en el precepto penal aplicado. *Sin embargo, se impuesto una sanción penal al procesado muy por debajo del mínimo legal que el tipo de Violación Sexual contempla.*

Debido Proceso. - Este principio de consagración constitucional artículo 139 inciso 3, ha sido incorporado en la LOPJ en su artículo 7, sin embargo, el Código Procesal Penal del 2004 no lo ha incorporado. Entendiéndose que el debido proceso legal constituye la primera de las garantías constitucionales de la administración de justicia, al permitir el libre e irrestricto acceso de todo ciudadano a los tribunales de justicia. Asimismo es una institución sumamente compleja y abarca numerosos aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de muy diversa manera en los ordenamientos que la consagran, pues comprende no solo aspectos procesales, sino también aspectos sustantivos, en este sentido el principio de que la resolución que se dicte en el proceso debe ser razonable, congruente con la controversia planteada (Rosas, 2013, p. 193). *Caso que no se ha evidenciado por el Propio Colegiado (Sala Penal de Apelaciones del Santa) en la sentencia de Vista por no querer mantener el minimun de 30 años de p.p.d.l para el delito perpetrado.*

Debida Motivación. - Según el autor Rubio (1994) se encuentra regulado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, por lo que la motivación escrita de toda resolución judicial es fundamental, porque las personas pueden saber si están siendo adecuadamente juzgadas sin haberse cometido arbitrariedad. Por lo que en una sentencia deben expresarse las razones que han llevado a dicha solución, mencionándose

expresamente la ley aplicable adecuada, teniéndose de esta manera, por parte de los justiciables, mayores garantías de recibir una adecuada administración de justicia. *El mismo que se evidencia en el Propio Colegiado (Sala Penal de Apelaciones del Santa) en la sentencia de Vista al inaplicar correctamente el Test de Proporcionalidad con el fin de determinar la pena a imponerse.*

2.2.2.6.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio

Delito de Violación Sexual a menor de edad. -

A) Regulación. -

Previsto en el art. 173 del código penal peruano, que según dicho artículo señala: “El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

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

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza. (Reátegui, 2018, pp. 175-176).

22267.12 Tipo del Injusto. -

a) Bien Jurídico. - En esta figura delictiva tal como señala Peña Cabrera Freyre (2015) se tutela la indemnidad sexual o intangibilidad sexual de menores de catorce años de edad, ahora la moralidad de los menores de dieciocho años hasta los catorce años de edad. Entendiéndose como el normal desarrollo de la sexualidad, en cuanto a la esfera es comprometida, como consecuencia de relaciones sexuales precoces; dentro del cual la edad de la víctima vaya en descenso, los efectos perjudiciales serán mayores, de ahí se sustenta que las penalidades también sean mayores. Muestra de ello se tiene en la RN N° 4328-2009-Ayacucho, se sostiene que:

[...] el delito de violación sexual de menor de edad toma en cuenta la indemnidad e intangibilidad sexual de los menores de edad-es la forma que tiene el Estado de proteger la sexualidad de los menores de edad que por sí solos no pueden defenderla al no tener la capacidad suficiente para hacerlo; que con ello se garantiza el normal desarrollo de su sexualidad y, por ende, no requiere

típicamente que el agente emplee violencia o grave amenaza contra la víctima, ni que esta ofrezca resistencia contra el agresor, es decir, hasta que se acredite el yacimiento carnal, en este caso, la tentativa del mismo para que se configure el delito submateria [...]. (pp. 355-356)

En esta clase de delitos no solo a tutelar la libertad sexual, sino principalmente su indemnidad sexual, pues, es la inocencia de la menor, cuyo desarrollo psicoemocional se ve afectado por estos comportamientos delictivos. (R.N. N° 3580-2002-LIMA.PÉREZ ARROYO, P.281.ART.173)

De igual parecer es el autor Sánchez (2011) toda vez que sostiene que la ley penal no permite los actos sexuales con menores en base a la “indemnidad sexual” (p. 31), *por lo que para dicho autor referente a indemnidad es relacionarlo con instituir una edad límite siempre y cuando ésta sea considerada referencial.*

Por lo que se comparte con el autor Arce (2010) que señala que *la indemnidad sexual*, se debe relacionar directamente con la necesidad de defender y garantizar el desarrollo normal dentro del ámbito sexual de quien aún no ha alcanzado la madurez suficiente, es así, tal que, en este caso de menores como de quienes por trastornos psíquicos, carecerían de capacidad para tomar conciencia de lo que conllevaría una relación sexual.

b) Sujetos. -

b.1. Sujeto Activo. – De la descripción objetiva se desprende que cualquier persona, ya sea hombre o mujer, puede realizar la conducta típica, pues el delito comienza con la frase: “*El que...*”. Para Pena (2015), el autor del abuso sexual puede ser tanto un hombre como una mujer, lo que se incrimina es el abuso sexual, el aprovechamiento de la minoridad del sujeto pasivo, para la configuración del acceso carnal sexual; este abuso puede provenir tanto de un hombre como de una mujer. Si el autor es menor de edad, resulta un infractor de la ley penal, por lo que su persecución será de competencia de la justicia de familia. (p.357)

b.2. Sujeto Pasivo. -

Según Nieves (2018) señala:

“Puede ser una persona menor de catorce años de edad. No importa el género de la víctima, puede ser tanto un varón como una mujer. En el tipo penal se comprende a los menores de catorce años que, sin necesidad de haber sido violentados, no pueden consentir válidamente el intercambio sexual.

El límite de los catorce años de edad para ser considerado sujeto pasivo del delito contra la indemnidad sexual obedece a motivos legales, culturales y biológicos.

[...] Es necesario tener en cuenta que este tipo penal es aplicable, por razones de especialidad, cuando el menor adolece de cualquier discapacidad mental: anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental, etc. Esta discapacidad mental puede ser permanente o transitoria. Asimismo, el artículo 173° debe aplicarse cuando el menor de catorce años está en incapacidad o imposibilidad física de resistir la violación. En definitiva, el artículo 173° desplaza a los artículos 171° y 172° del CP cuando el sujeto pasivo del delito es un menor de catorce años”. (PP.139-141)

Pero también vendrían a ser comprendidos los menores de dieciocho años y mayores de catorce, luego de la sanción de la Ley N° 28704, relativizado por la sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional. (Peña Cabrera Freyre, 2015, p. 358).

c) Acción Típica. - El artículo 173, exige el acto sexual u otro análogo, es decir que para que se propicie típicamente esta figura, la ley prescribe la realización del yacimiento o de un acto parecido. En tanto que la noción de “acto sexual” según la nueva descripción típica actual, normativamente se ha definido que el acceso carnal puede ser vía vaginal, anal o bucal tratándose del miembro viril, pudiéndose perfectamente producir una violación a la inversa. En tanto que la Doctrina y la Jurisprudencia consideran como “acto análogo” los actos contra natura (coitus per anum) que se hacen sufrir a una niña o a un niño; teniendo que por medio de la amplitud que se desprende de la conducta típica, hace extensible la realización delictiva, al acceso carnal que puede producirse con el ingreso del miembro viril en las vías vaginal, anal y bucal, de otras partes del cuerpo en las dos primeras vías así como otros objetos. (Peña Cabrera Freyre, 2015, p. 360).

Producto de la modificación efectuada por la Ley 28251, implica reconocer no solo los actos constitutivos de un acto sexual, sino también de agresiones sexuales, cuando se introducen objetos en las vías vaginal y anal; por lo que la desfloración del himen no solo puede ser producto de la penetración del miembro viril, sino también a consecuencia de dichos objetos.

Sostiene Peña Cabrera Freyre (2015) que, si se desencadenan afectaciones visibles en la integridad corporal o fisiológica, se daría un concurso ideal de delitos con lesiones, siempre y cuando sean causados al menos con dolo eventual. (p.360).

Asimismo, refiere el citado autor, que, en cuanto a la tipicidad penal de la conducta, ésta no se encuentra condicionada al despliegue de la violencia o de la amenaza u otros medios

viciados de la voluntad, como medios comisivos, pues en tanto la ley penal no le reconoce a los menores “libertad sexual”; cualquier contacto de esta naturaleza, ha de ser encajado bajo los contornos normativos del artículo 173 del texto punitivo. Por lo que lo único que se tiene que acreditar en el decurso del procedimiento penal, es únicamente el acceso carnal sexual, mediando las acciones que se hayan previsto en la estructuración típica del artículo invocado y, que el sujeto pasivo al momento del hecho punible, contaba con la edad cronológica que se detalla en los incisos reglados en el enunciado normativo en estudio, de manera que no resulta exigible la probanza de algún tipo de lesión paragenital, por lo tanto desdeñable que la víctima haya exigido algún tipo de resistencia o que la penetración del miembro viril u otro medio idóneo, haya tomado lugar mediando algún tipo de violencia, que haya provocado algún tipo de afectación a la integridad corporal o fisiológica de la víctima. Y si es que se advierte que el agente hizo uso de dichos medios comisivos, el juzgador ha de tomarlos en cuenta, al momento de la determinación e individualización de la pena, decidiendo por una penalidad de mayor intensidad penológica. (pp. 361-362).

Sin embargo, cabe señalar que sí se produjera violencia o amenaza grave, el desvalor en la acción merecería una mayor sanción penal de acuerdo al grado de afectación en la antijuridicidad material.

Para la configuración del delito de violación sexual de menor, deben probarse dos hechos: la relación sexual entre el autor y la agraviada, y la edad de ésta última, que debe ser menor de catorce años. (R.N. N° 638-2003-HUÁNUCO. DATA 30,000. G.J. ART. 173)

d) El problema de la edad. - La legislación peruana, tal como señala Castillo (2002) para el libre ejercicio de la sexualidad del menor es los catorce años, la cual se mantiene actualmente según artículo 173 del Código Penal Peruano. Debiéndose recordar como refiere el citado autor que “el Perú es uno de los países que mantiene uno de los topes más elevados en cuanto a la edad en la protección de la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores”. (PP. 283-284)

e) La edad cronológica y otros criterios alternativos. - Castillo (2002) refiere que, “la fijación del abuso sexual de menores en la legislación peruana, en una edad inferior a los

catorce años hace una referencia directa a la edad cronológica” (p.285), criterio acogido por nuestra legislación, variando solo la cifra elegida la cual se evidencia en los párrafos concernientes al citado artículo 173 del Código Penal vigente.

Sin embargo, existen posiciones doctrinarias al respecto, de que no sea la única opción en cuanto al criterio cronológico o edad cronológica, siendo una de las posibilidades, y que frente a ello existen otras tal como la edad mental que se relaciona a criterios temporales, la cual exige un grado de madurez mental que haya alcanzado o venga poseyendo el menor de edad, dejándose de lado cifras determinadas, para la configuración del delito en estudio.

Lo que conlleva a que el juez, tal como lo señala Castillo (2002), “a través de un peritaje psicológico obligatorio averigüe, si el menor de dieciocho años tiene la edad mental de una persona de más de catorce años o en realidad la edad mental es compatible con la edad cronológica”. (p.286).

Por ello se comparte con el citado autor, de que la edad mental, no sea la mejor postura determinante para establecer con precisión el límite de este tipo o clase de delito, ya que de por sí la edad mental por sí sola no puede medir con precisión, el hecho de si el menor tiene o no un necesario equilibrio psicológico.

Por lo que se comparte con el autor Castillo (2002) en que la edad cronológica, podrá computarse desde el momento del nacimiento hasta antes de cumplir los catorce años o la edad indicada por la ley que se encuentre vigente, empleando para ello de elementos probatorios pertinentes. (p.289)

Empero, cabe señalar que existen objeciones que se plantean contra la edad cronológica como límite a utilizar en la violación sexual de menores, como es la de fomentar el tratamiento desigual de situaciones semejantes, como cuando se sanciona el acto sexual y que se practica con el menor un día antes de cumplir éste los catorce años, cosa que no hubiese pasado si el autor hubiera esperado un día más; como también desde el principio de igualdad, que el autor del hecho reciba la pena de cadena perpetua y no la pena privativa de libertad.

Bastando para comprobar la edad cronológica la partida de nacimiento, la partida de bautizo o cualquier otro medio que lo demuestre. (Castillo, 2002, p.290).

Por lo que la edad cronológica permite una mayor certeza, objetividad y control en las decisiones judiciales como una mayor previsibilidad en el momento de la realización de las conductas por parte del autor, así como en la prevención general positiva de la pena.

f) La prueba de la edad cronológica. -

Se comparte por lo sostenido por Nieves (2018) referente a que:

“Para determinar la edad cronológica de la víctima e imponer la pena establecida en los numerales 1) y 2) del artículo 173° del CP es necesario contar con la Partida de Nacimiento. Este documento público es de absoluta relevancia en el proceso penal y le permitirá al Juzgador dictar la sentencia condenatoria en base a la convicción que ha obtenido acerca de la existencia de uno de los principales elementos del tipo objetivo: la edad cronológica del menor agraviado. Ante la carencia de la Partida de nacimiento en el acervo probatorio de cargo, es posible contar con el reconocimiento médico legal que determine de manera aproximada la edad de la víctima”. (p. 141)

Al respecto Castillo (2002) refiere:

Que para determinar cuándo un menor cumple los catorce años y en general cuándo cumple años pueden seguirse dos posibles caminos:

Primero: Referido a el cómputo de los plazos, según los días transcurridos y que se cuentan desde la medianoche del día de su fecha, sin reparar en otro criterio que ofrezca tal vez mayor precisión y seguridad. Muestra de ello se tiene que, si el menor nació exactamente a las 10 a.m. del 1 de enero de 1988 los catorce años los cumplirá indefectiblemente desde la medianoche o las 00.00 del 1 de enero del 2002. Sin embargo, dicho criterio presenta desventajas y críticas, en el sentido que se parte de una presunción legal y de una estimación general que no permite un análisis fidedigno y real del caso concreto al considerar que todas las personas cumplen años a las 00.00 horas del día y fecha de su nacimiento, olvidando el dato fáctico que demuestra todo lo contrario.

O si todas las personas cumplen años en este caso, los catorce a las 00.00 del día y fecha de su nacimiento, pero el abuso sexual se lleva a cabo después de dicho tiempo, pero antes de la hora exacta de su nacimiento, quedaría impune dado que luego de las 00.00 todos habrán cumplido ya para el caso que se analiza catorce años.

Segundo: Más que reparar el cómputo de los plazos desde la medianoche del día del nacimiento se debe delimitar el cumplimiento de la edad de la manera más exhaustiva posible, valorando si fuera posible la hora y los minutos transcurridos. Es decir, si los catorce años recién se cumplieran luego de transcurridas las 10.00 a.m del 1 de enero del 2002, es decir el menor tendrá dicha edad desde que se inicie el primer minuto siguiente: 10.01 a.m. Este punto de vista sostiene que el menor desde las 00.00 horas del 1 de enero hasta las 10.00 seguirá teniendo trece años. (pp. 293-294).

Frente a los dos puntos de vista, para determinar el momento exacto del nacimiento, en su gran mayoría, que viene aplicando el primer punto de vista. (Castillo, 2002, p. 296)

Cabiendo señalar que al ignorarse, la hora y los minutos del nacimiento del menor dicha situación terminará beneficiando o perjudicando también al autor, pues el período de tiempo en el que se modifica la edad quedará fijado a las 00.00. Empero ante la duda o veracidad en los datos referentes a la hora y minutos del nacimiento consignados bien en la partida de nacimiento, bautizo, o en la constancia expedida en el hospital, para el juez o el tribunal se vea persuadido debe tomar como punto de referencia el primer criterio. (Castillo, 2002, p.295)

Empero cabe señalar que, en la práctica, algunos jueces no vienen realizando la prueba de incapacidad, aun cuando esta se determina con una pericia psicológica y no meramente normativa (antropométricas y psicológicas, medición de la edad mental, etc.), más cuando faltan semanas o meses para arribar a los 14 años de edad, sino que se limitan a la respuesta de si cumplieron o no los días para llegar a esa edad. Incluso como sostiene Sánchez (2011) “algunos fallos han señalado que sería irrelevante que falte un día o dos, pero lo limitado de esta solución se da porque solo sirve para aquellos que tienen la edad establecida en base documental, (Reniec, Registro Civil-Municipal o Bautismal), pero si es un menor indocumentado se recurre a un peritaje médico y se desdeña el peritaje sobre la edad mental”. (p.70)

h) El consentimiento y otros factores en la determinación judicial de la pena. -

Para la ley es irrelevante el consentimiento que pueda haber brindado o no la agraviada, toda vez que en esta clase de delitos ello es inocuo, ya que se busca proteger la indemnidad sexual de la menor y su libre desarrollo. (R.N. N° 1391-2003-ICA. DATA 30,000. G.J. ART. 173)

Por lo que se puede llegar a afirmar que el consentimiento del menor en las relaciones sexuales es de carácter irrelevante, toda vez que en esta clase de delitos la ley protege la inocencia de la víctima cuyo desarrollo psíquico emocional se ve afectado por el comportamiento delictivo.

22267.13 Tipo Subjetivo. - El delito es doloso. Es admisible tanto el dolo directo como el dolo eventual. Por lo que el sujeto activo debe saber en todo momento que la

persona a la que accede carnalmente es un menor de catorce años de edad. (Nieves, 2018, p. 144)

En los casos límites del delito de violación sexual de menores y la posibilidad de la concurrencia o no de un error se relacionan directamente y de forma fundamental con la existencia o no de una representación de la alta probabilidad de que la víctima tenga esta u otra edad. Por lo que como sostiene Peña Cabrera Freyre (2015) la noción de la edad de la víctima y la información del carácter delictivo del hecho. (p. 363).

Según Peña Cabrera Freyre (2015) respecto al error de tipo que puede ser vencible como invencible, refiere lo siguiente:

[...] el error invencible incide sobre un elemento esencial del tipo, su presencia en el conocimiento del autor es imprescindible para que pueda configurarse la realización típica de un delito, en cuanto a la incidencia misma del tipo objetivo, no puede haber dolo si el autor yerra sobre un elemento condicionante de la tipicidad, por lo cual para la ley penal dicha clase de error sobre el conocimiento de la edad de la víctima excluye la responsabilidad o la agravación; es decir el autor a pesar de haber realizado los esfuerzos necesarios le era imposible salir del error en que se encontraba. En tanto que el error vencible se presenta cuando el autor no habiendo tomado la diligencia debida para poder evitar el error, pudiéndolo haber hecho, en consecuencia, el delito será sancionado como culposo, siempre y cuando éste se encuentre previsto en la norma penal, de no ser así quedaría impune. (pp. 363-364)

Mientras que *habrá error de prohibición vencible*, tal como, el agente pudo haber salido del desconocimiento en que se encontraba, si es que hubiera sido más diligente. Arribando de esta manera que la apreciación del grado cognitivo del error, así como el desconocimiento de la antijuridicidad dependerá de la suma de los mecanismos, las informaciones y otros que haya contado el autor al momento de la realización típica, así como sus condiciones personales y otras circunstancias concomitantes.

Por lo tanto, si se prueba fehacientemente que el autor incurrió en un error de tipo, acerca de la edad de la víctima, se podrá eximir su responsabilidad penal, si y solo sí, no haya ejercido violencia o intimidación, y, si éste es de naturaleza invencible, como aparece referida en el primer párrafo del artículo 14 del Código Penal Peruano vigente.

22267.14 Circunstancias Agravantes. -

En el presente artículo en su propio contenido aparecen circunscritas penas tanto de privativa de libertad como de cadena perpetua, con relación a la edad del menor y por la posición, cargo o vínculo familiar; aunado que se le suma a ello el art. 173-A relacionado también a los resultados desencadenantes producto de la violación sexual a menor de edad seguida de muerte o lesión grave; no obstante contravenir de algún modo los principios de humanidad y principio de las penas, pese al delito cometido.

- a) **Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima.** - Esta circunstancia agravante específica del delito de acceso carnal de menores de catorce años se basa en el modo de la acción desplegada por el agente y por la relación especial que une a este último con la víctima. El modo como se consigue el acceso carnal es más reprochable penalmente porque consiste en el aprovechamiento de una posición de ventaja sobre el menor: posición de autoridad o de confianza. (Nieves, 2018, p. 150)

- b) **Que le impulse a depositar su confianza.** - Lo que deviene en suponer la existencia de una relación personal, dado que esta situación es la única que puede generar una mutua lealtad o una recíproca confianza. Es irrelevante el motivo o la causa generadora de la confianza. Pudiéndose tratar de una relación laboral, de una relación afectiva, sentimental (amical) o de otra índole. Lo único determinante es comprobar si realmente existió dicha relación, sin hurgar ni detenerse en analizar el origen de la misma. (Castillo, 2002, p.310). Por lo que no es indispensable que exista algún tipo de vínculo jurídico (contractual o de subordinación laboral) o alguna relación de parentesco, siendo que la modalidad de cómo se logre la confianza no importa. Ella puede establecerse de manera expresa o tácita.

En tanto que la confianza no se debe determinar como tampoco la aplicación de la agravante, solo sobre la base de una realidad objetiva, sino que se hace necesario comprobar el nexo subjetivo, y en el que un sujeto quiere y demuestra la confianza al otro. No hay confianza cuando una de las partes no confía en la otra. Asimismo, ella falta cuando subjetivamente hay plena confianza o la

creencia de la lealtad del otro, pero de modo permanente se demuestra con actos externos todo lo contrario.

La agravante no se aplica cuando una de las partes cree que las relaciones de confianza se han roto o han desaparecido, pero desde el punto de vista del otro se mantienen incólumes.

Lo que se conlleva a sostener que la ley quiere decir, es que el autor, en virtud de las relaciones de confianza existentes con la víctima u otra persona relacionada estrechamente con ella, se ha valido o abusado de la confianza para cometer el delito. Si no hay aprovechamiento de la confianza no hay delito alguno.

Empero, si bien la agravante tal como señala Peña Cabrera Freyre (2015) trata de sostenerse sobre una posición de dependencia de la víctima hacia al agente, la misma no es clara y precisa en su redacción contraria al principio de legalidad, el mismo que requiere que la conducta prohibida por la ley penal se encuentre delimitadas de manera expresa e inequívoca, hecho que no acontece en el presente supuesto. Por consiguiente, la agravante se configura como un tipo abierto. (p.378)

22267.15. Consumación. -

Según Peña Cabrera Freyre (2015) refiere:

El delito de violación de menores se consuma con el acceso carnal, en cualquiera de las vías descritas en el tipo base, basta para la perfección delictiva que el miembro viril ingrese de forma parcial, así como otra parte del cuerpo u objetos sustitutos del pene. No se requiere el yacimiento completo, ni siquiera un comienzo de aquél; así como tampoco la fecundación; menos la desfloración, éste será a lo más un dato objetivo para acreditar la relación delictiva, entre la conducta generadora del riesgo y la causa del resultado lesivo.

Con relación a la tentativa es admisible, esto es, el agente por causas extrañas a su querer no logra penetrar a su víctima o en su caso, voluntariamente decide no penetrarla o introducirle objetos de apariencia sexual o partes del cuerpo; más al no mediar ni violencia ni amenaza grave, la calificación de las formas de imperfecta ejecución es una tarea valorativa no muy fácil de concretar. Serían todos aquellos actos tendientes a obtener el consentimiento viciado del menor, la seducción, el engaño, el ofrecimiento de ciertos favores, etc.; más en el caso en que se ejercite violencia (vis absoluta), sobre la víctima, dichos actos constituirán el comienzo de los actos ejecutivos, a pesar de no estar descritos en la tipificación penal. (pp. 367-368).

El delito de violación de menores se consuma con el acceso carnal o la realización de actos análogos, no se requiere yacimiento completo, habiendo consumación aun cuando no se logre la cabal introducción del pene, por la inmadurez del órgano sexual de la ofendida. (EXP. N° 1205-94-LIMA-DATA 30,000. G.J. ART.173)

En relación a ello sobre la delimitación normativa entre el delito tentado de violación de menor y actos contra el pudor, existe una línea jurisprudencial (RN N° 982-2008-Callao):

“Los hechos incriminados constituyen el delito de violación sexual en grado de tentativa y no actos contrarios al pudor, pues la finalidad última del acusado fue practicar el acto sexual con la menor, ese fue el motivo por el cual la subió a su cuarto donde la desnudó, le hizo tocamientos indebidos e intentó penetrarla, produciéndole lesiones extragenitales, acto que no concluyó porque hizo su aparición la hermana de la agraviada”. Lo que conlleva a sostener que se está frente a una forma imperfecta de ejecución del artículo 173 del Código Penal y no de actos contra el pudor consumado (art.176 del Código Penal) debido al emprendimiento conductivo de una de las cavidades sexuales de la víctima, pero que por motivos ajenos a su voluntad no se puede materializar.

Por lo que se puede llegar a sostener que en cuanto a la Tentativa, puede ser factible siempre que existan indicios e inicios del ataque al bien jurídico que la ley protege.

2.2.3. Técnicas de interpretación

2.2.3.1. Concepto

Las técnicas de interpretación son esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.

2.2.3.2. La interpretación jurídica

2.2.3.2.1. Concepto. -

Interpretar es para el Derecho según Engisch (citado por Castillo, 2004), “Comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido”. (p. 11). La interpretación abarca el lenguaje de los textos en que se formulan las reglas legales, el lenguaje legal de las decisiones mediante las que se aplica el derecho y el lenguaje legal de las ciencias jurídicas.

2.2.3.2.2. Función e importancia de la interpretación jurídica

Cumple una función normativa en la medida que busca obtener del Derecho vigente máximas de decisión y de acción práctica, determinando los criterios que deben regir en el mundo social de acuerdo al orden jurídico. (Castillo, 2004, p. 15)

La interpretación de las normas jurídicas encuentra su fundamento en la necesidad de establecer patrones objetivos de carácter racional y permanente sobre los que una determinada conducta será enjuiciada, permitiendo la aplicación en toda su dimensión del principio de igualdad en el sentido que conductas o hechos semejantes, en cuanto a sus presupuestos típicos, tendrán tratamiento igual. (Castillo, 2004, p. 26)

5.2.3.2.3. La interpretación en base a sujetos

Castillo (2004) refiere, que a nivel de doctrina existe una clasificación de la propia interpretación tomando en cuenta al autor o el sujeto que lo formule. (p. 47)

Castillo (2004) señala:

Interpretación Auténtica. - Es aquella que realiza el mismo órgano sujeto que expidió de la norma jurídica, mediante la emisión de otro precepto de igual jerarquía. Puede ser realizada por el mismo órgano competente para regular la materia del precepto [legislativo, ejecutivo y judicial], o la misma parte legitimada para regular la declaración preceptiva [negocio jurídico, tratado acto administrativo]. No es indispensable que se formule por las primeras personas o individuos en caso se trate de órganos o poderes públicos, pues lo obliga y adquiere fuerza vinculante no es quién lo emitió, sino la función o rol político-jurídico que desempeños.

La interpretación auténtica por lo general es una ley. (...). Puede revestir dos formas: a) una interpretación propia p estricta en la que se interprete una ley mediante la expedición de una norma posterior, b) una interpretación auténtica impropia, llamada usualmente contextual, en base a que dentro de un mismo cuerpo normativo –y sin recurrir a un norma posterior- el legislador se encarga de definir o aclarar un significado de un término o una frase.

Interpretación Doctrinal. - Su poder reside en la calidad y profundidad de os argumentos empleados, en su coherencia y lucidez, en su fuerza persuasiva; y no tanto en el prestigio del intérprete. Su virtud reside en permitir una explicación racional de las

decisiones que se asuman, facilitando una plataforma sistemática en donde apoyar cada una de las soluciones jurídicas.

Interpretación Judicial. - A diferencia de la interpretación auténtica, no tiene una eficacia general de obligatorio cumplimiento, sino que es vinculante solo para el caso concreto. La interpretación judicial no es solo aplicación del derecho a un caso concreto, sino que presupone una interpretación de la norma o del derecho. (...) Está sujeta a control según la jerarquía y competencias de los órganos jurisdiccionales: un Juez o Tribunal Superior puede enmendar u ordenar corregir [la defectuosa] interpretación de la ley realiza por dichas autoridades por tal recaudo. (pp.48-52)

2.2.3.2.4. La interpretación en base a resultados

Castillo (2004) señala:

Vinculada a la problemática de la teoría objetiva o subjetiva de la interpretación se encuentra la larga, y a nuestro criterio la polémica, respecto a los resultados de la interpretación según se administre tradicionalmente, puede ser: declarativa, restrictiva o extensiva, y que se reúne bajo la rotulación genérica de interpretación correctora. Dicha posición parte, del principio de la experiencia que la ley dice en ocasiones más de lo que quiso decir o, a la inversa, dice, menos de lo que se pretendió. La Interpretación extensiva abriría el camino para llenar los vacíos de legislación, la estricta para aplicar la ley a los casos o comprendidos en su tenor literal y la restrictiva para limitar su aplicación a supuestos determinados sin que se abarque todo su sentido literal.

Interpretación Restrictiva. - Limita su aplicación a supuestos determinados sin que se abarque todo su sentido literal.

Interpretación Extensiva. - Abre el camino para llenar los vacíos de la legislación. (pp.40-41)

Interpretación Declarativa. – Esta se realiza cuando existe una reciprocidad entre la letra escrita de la ley y lo que emana de esta, incluso cuando existe una correspondencia entre la interpretación ideológica y la gramatical. (Torres, 2006)

2.2.3.2.5. La interpretación en base a medios

Interpretación Literal. - Es la comprensión de las palabras y el texto de la ley. Su función se despliega en un doble sentido, por un lado, determina las conductas y hechos jurídicamente relevantes, excluyendo las conductas que carecen de relevancia para el Derecho; y por el otro, precisa el ámbito y los límites de aplicación de la ley. (Castillo, 2004, p.64)

Interpretación Lógico-Sistemático. - Conforme aparece esta ciencia se basa en la lógica, que va concatenada al sentido de un texto (Castillo, 2004)

Interpretación Histórico. - Este tipo de interpretación estudia en que contexto se elabora una norma, teniendo en cuenta a los individuos, su economía y el aspecto político que determinaron la expedición de una norma y el contexto histórico en el que la ley se inscribe, repara en la voluntad del legislador, plasmada en los antecedentes inmediatos de la ley como: exposición de motivos, debates parlamentarios, actos y ponencias individuales y de todos los materiales legislativos previo. (Castillo, 2004, p. 80)

Interpretación Teleológico. - Se trata de un modelo de interpretación de tipo objetivo, porque va más allá del hecho de si el legislador ha sido o no consciente de la necesidad de alcanzar determinados fines. Sirviendo como mecanismo de control de los demás procedimientos hermenéuticos como la gramatical, sistemático e histórico. (Castillo, 2004, p. 85)

2.2.3.4. Argumentación jurídica

2.2.3.4.1. Concepto

“Consiste en esgrimir una serie concatenada de razonamientos convenientemente expuestos para persuadir al destinatario de la veracidad o validez de una tesis que, por lo general, no está demostrada fehacientemente con anterioridad. La argumentación también sirve para hacer labor de divulgación persuasiva, sobre la verdad o validez ya demostrada, pero aún no conocida por todos”. (Luján, 2004, p. 203)

2.2.3.4.2. Vicios en la argumentación

Se evidencian a través de las falacias, el cual es el argumento lógico que parece correcto, pero que examinando más cuidadosamente demuestra adolecer de incorrecciones. Es decir, son los errores de argumentación. (Luján, 2004, p. 307)

2.2.3.4.3. Componentes del argumento. - Según Luján (2004) señala:

- A. Premisas.** - Es ante todo un juicio, y que al ser expresado ese juicio se transforma en una proposición. Y que, expuestas explícitamente, permiten demostrar una teoría, una opinión, una hipótesis o una idea.
- **Premisa mayor:** Contiene la regla genérica o definición, pues es el punto de partida. Sirve de dominio o foco referente desde el cual se puede establecer una inferencia.

- **Premisa menor:** contiene el supuesto factico, y el juicio que usará al hecho aplicable en estudio.

B. Inferencia. – Dada por las siguientes::

- **En cascada:** Mediante esta se logra una conclusión, haciendo uso de premisas, generando un elemento accesorio.
- **En paralelo:** Se llegan a conclusiones mediante el uso de dos o más premisas, de un mismo rango
- **Dual:** En una resolución se advierten dos o más consecuencias, llámense derivadas y complementarias.

C. Conclusión. - Se concluye mediante proposiciones y pueden ser única y múltiple

- **Conclusión única:** Como su nombre lo indica es una única conclusión

Conclusión múltiple: En la conclusión múltiple advertimos más de una conclusión

2.2.3.4.4. Argumentación en base a sujeto

Se encuentran divididos en:

A. Principios. - Son propuestas racionales, que nos permiten valorar situaciones humanas, y lograr resultados utilizando las abstracciones y valoraciones internas. .
(Luján, 2004)

Los siguientes principios son usados al momento de valorar y argumentar, según Rubio Correa (2015) siendo estos:

- **Principio de Coherencia Normativa:** En el derecho como sistema, las diversas normas son consonantes entre sí y trabajan armónicamente. Solo en caso de no poderse encontrar un vínculo entre ellas, o cuando son antagónicas, quien trabaja en el derecho debe elegir una de las dos y desechar la otra.
- **Principio de Concordancia Práctica con la Constitución:** Consiste en coordinar el contenido de diversas instituciones constitucionalmente relevantes y vinculadas entre sí para interpretar de la manera más cabal el significado de cada una de ellas y para incorporar en el resultado de interpretación todos los valores o principios que aparecen como aplicables a la situación concreta dentro de la Constitución.
- **Principio de Congruencia de las Sentencias:** Debe existir una correspondencia entre los que resuelve el juez y lo solicitado por las partes
 - **Principio de conservación de la Ley:** Como la sustitución de normas declaradas inconstitucionales no es automática, efectivamente se pueden producir vacíos y fracturas en el derecho que signifiquen una operación inadecuada de este. Por ello, es consistente con el pensamiento del Tribunal Constitucional el que trabaje teniendo como una de sus finalidades conservar la normatividad. En realidad, a quien corresponde eliminar las normas defectuosas y sustituirlas por otras mejores es al propio legislador, quien no solo tiene la potestad de derogar las normas sino también la de dictar otras nuevas.

- **Principio de Corrección Funcional:** Tiene que ver estrictamente hablando con los conflictos de competencias que se producen entre los órganos del Estado, específicamente aquellos que tienen competencias constitucionalmente establecidas.
- **Principio de Culpabilidad:** Es el límite a la potestad punitiva del Estado y una garantía para las personas. Consiste en que no puede haber responsabilidad penal objetiva.
- **Principio de Defensa:** En la versión literal de la Constitución, la defensa es un derecho (y un principio, como dice la parte inicial del inciso citado) que consiste en que las personas pueden solicitar la presencia de su defensor en todas las etapas del proceso, es decir, desde el inicio hasta su conclusión. Al mismo tiempo, da el derecho a tener un defensor desde que se es detenido o citado por cualquier autoridad, de tal manera que no hay una referencia exclusiva a los procesos judiciales: cualquier autoridad incluye a la Policía nacional del Perú, pero también al Ministerio Público y a cualquier otra autoridad administrativa.
- **Principio de Dignidad de la Persona Humana:** La dignidad de la persona es el “presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales”. Esto quiere decir que la existencia de los derechos se fundamenta en la dignidad de la persona, lo que conlleva a que debe estar presente en la aplicación de nuestro derecho constitucional.
- **Principio de Eficacia Integradora de la Constitución:** Siempre busca la coherencia interpretativa, no solo de la ley en cuanto tal sino también de la Constitución y la ley en relación con la sociedad en cuyas actividades están participando las personas. Es, por tanto, un principio metodológico referido a la forma de hacer la interpretación: es preciso concordar las normas que contienen principios y reglas similares, así como todas ellas con la realidad, y con las atribuciones de los órganos del Estado, para integrar de la mejor manera su significado interpretativo, y aplicarlo a las conductas y al cumplimiento de las competencias públicas.
- **Principio de la Fuerza Normativa de la Constitución:** Es solo una especificación pedagógica de la regla de supremacía de la Constitución unida a los principios de coherencia normativa, concordancia práctica con la Constitución, eficacia integradora de la Constitución, unidad de la Constitución y del principio del Estado social y democrático de Derecho.
- **Principio de Igualdad:** Según el Tribunal Constitucional, es el derecho a la igualdad, es decir, a la no discriminación, contenido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, es central dentro de la Constitución y del Estado de Derecho, por eso ha dedicado esfuerzos especiales a perfilar su contenido y funcionamiento.

La noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona. En ese sentido, la igualdad es un principio derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia.

- **Principio de Jerarquía de las Normas:** Este principio se deduce lógicamente de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público. Así, en el Gobierno Central, se deberán tener en cuenta las normas generales previstas en los artículos 37 y siguientes del decreto legislativo 560 Ley del Poder Ejecutivo, además de lo dispuesto por otras leyes. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de octubre de 2003 en el exp_0005_2003_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por 64 congresistas de la República, representados por el congresista

Johny Lezcano Ancieta, contra los artículos 1, 2,3, y la primera y segunda disposición final y transitoria de la ley 26285).

- **Principio de Jurisdiccionalidad:** Consiste en que, si la Constitución da la atribución de resolver sobre un asunto a los tribunales, dicho asunto debe ser resuelto por estos y no por otro órgano del Estado. Se trata de dar un nombre al principio de competencia jurisdiccional sobre determinado asunto. Como este principio pertenece al rango constitucional, se refiere a las competencias jurisdiccionales comprendidas en el bloque de constitucionalidad.
- **Principio de la Cosa Juzgada:** Es referirse a su inmutabilidad, otro que los asuntos en los cuales ha recaído la cosa juzgada no pueden revisarse administrativamente. Es una regla evidente por sí misma en el derecho; y tercero por ninguna razón puede ser desconocida como tal; es decir no podrá alterarse en forma alguna en el derecho.
- **Principio de la Tutela Jurisdiccional:** Dicho principio es perfectamente identificable en sus rasgos generales con el de debido proceso. Asimismo, el principio de tutela jurisdiccional existe, a su vez, en sede administrativa, y es ilimitada en materia constitucional. Todo ello a partir de reglas establecidas de manera expresa por las sentencias del Tribunal Constitucional.
- **Principio de legalidad en materia sancionatoria:** El Tribunal Constitucional ha colocado en lo que denomina principio de legalidad en materia sancionatoria varios elementos que son compartidos, en parte por la sanción penal y por la administrativa y, en otra parte, son privativos del ámbito penal.
- **Principio de Presunción de Inocencia:** Se encuentra reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal e de la Constitución Política del Estado; sin embargo, dicho principio no es lesionado cada vez que contra un procesado se dicta una medida cautelar restrictiva de determinados ámbitos de la libertad individual, pues ello se hace con el propósito de garantizar que el procesado no evada la acción de la justicia y que, de ese modo, no se frustre el ius puniendi.
- **Principios de razonabilidad y proporcionalidad:** Son principios distintos y tienen significados jurídicos diferentes. Empero tanto la razonabilidad como la proporcionalidad son principios aplicables desde el artículo 200 de la Constitución a todo el orden constitucional y, por ello mismo, a todo el derecho.

El principio de razonabilidad. - Exige que las conductas o, en términos jurídicos, los actos, para dar el significado de contenido voluntario que los sujetos realizan frente a los hechos y circunstancias, deben cumplir el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante.

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel

se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de enero de 2003 en el exp_0010_2002_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad seguida por ciudadanos con firmas contra los decretos leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas).

- **Principio de Reserva de la Ley Orgánica:** Consiste en que el conjunto de materias que la Constitución reserva para ser aprobado mediante este tipo de leyes, no puede ser aprobado mediante leyes ordinarias porque, en tal caso, estas serán inconstitucionales. Por lo que el artículo 106 de la Constitución es la norma positiva madre del asunto.
- **Principio de Tipicidad:** El Tribunal establece que dicho principio constituye la definición de conducta que la ley considera como falta no solo en un ámbito penal sino también dentro del ámbito administrativo; es decir no es exclusivo del ámbito penal sino a todo el derecho sancionatorio.
- **Principio de Unidad de la Constitución:** Dice que en ella se debe tener una hermenéutica que busque la armonía entre sus normas. Pertenece al ser mismo de la Constitución. Sin embargo, está vinculado al principio de concordancia práctica que se refiere al uso práctico de la Constitución, y consiste en que se debe interrelacionar necesariamente las disposiciones constitucionales al aplicarlas, precisamente porque son una unidad.

Por su naturaleza, el principio de unidad de la Constitución es una especificación del principio de interpretación sistemática.

- **Principio del Debido Proceso:** La finalidad centra que el Tribunal Constitucional da a la existencia del debido proceso, como a su turno a la de la tutela jurisdiccional, es permitir que las personas defiendan debidamente sus derechos ante la autoridad del Estado: “[...] el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”.
- **Principio del Estado Social y Democrático de Derecho:** Para que se dé este Principio deben estar presentes las instituciones democráticas y sin principio de legalidad. Por lo que los aspectos sociales deben integrarse armónicamente a la adecuada interpretación del derecho constitucional, a partir del principio del Estado social y democrático de Derecho.
- **Principio Non Bis In Ídem:** El Tribunal Constitucional ha acogido este principio como principio constitucional y lo ha aplicado en multitud de ocasiones a través de su jurisprudencia.

La primera dimensión que el Tribunal Constitucional da al principio non bis in ídem es material, es decir, de fondo. Consiste, desde este aspecto, en que no se puede sancionar a un sujeto por el mismo hecho dos veces. Para que ello ocurra, tiene que haber “identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

Un segundo aspecto del principio non bis in ídem que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional es el de naturaleza procesal, sostiene que una mismo sujeto

no puede ser juzgado dos veces, contra una persona con identidad de sujeto, hecho y fundamento. (pp. 107-359)

B. Reglas. - Es un enunciado condicional que vincula cualquier consecuencia jurídica con una clase de hechos (una circunstancia o un conjunto de circunstancias). (Guastini, 2010, p. 51)

C. Cuestión de principios. – En años recientes, “los principios jurídicos han merecido la atención de numerosos autores, que han reflexionado en torno a dos extremos: su relevancia para la construcción de una teoría del Derecho y su importancia en el razonamiento jurídico. Esta doble dimensión que presentan los principios les convierte en un nexo idóneo para el análisis de las relaciones entre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación (...), sosteniendo que la discreción judicial comienza donde termina el Derecho”. (García, 2003, p. 218)

➤ **Principios como razones para la acción:**

García (2003) refiere:

“La otra perspectiva desde la que el modelo Atienza/Ruiz Manero analiza la distinción entre reglas y principios es a través del carácter funcional. [...] Donde *las reglas* son las razones excluyentes de la toma en consideración de otras razones, siendo éstas independientes del contenido porque esta exclusión de otras razones no deriva del contenido de la regla, sino del origen (en el legislador) de tal regla. [...] Mientras que un *principio* viene hacer una razón de primer orden para actuar, pero que no excluye de la deliberación, es decir; la toma en consideración de otros principios para actuar.

Asimismo, ambos autores, sostienen que “un principio explícito sería una razón para actuar independiente del contenido, mientras que un principio implícito sería una razón dependiente del contenido, pues su fuerza motivadora dependería de su adecuación a las normas de las que deriva”. [...] Por lo que se comparte que los principios vienen hacer aquellas normas que remiten a una teoría de la argumentación jurídica en mayor medida que las reglas, lo que conlleva a la asociación de las reglas a la manera de aplicar los casos fáciles y de los principios a la esfera de los casos difíciles”. (pp. 256-264)

2.2.3.4.5. Argumentos interpretativos

“Son el producto de la actividad racional y argumentada que ofrece una conclusión fundada en forma de enunciado interpretativo, susceptible de ser universalizado”. Laporta (citado por Zavaleta, 2014, p. 304)

Zavaleta (2014) señala:

Argumento a sedes materiae. - En este tipo de argumento “surge la imagen del legislador racional, como ente que ordena cuidadosamente las disposiciones en un sistema jurídico; de manera que el lugar que ocupa cada una de ellas constituya una pauta de la que se pueda extraer información respecto a su significado. Por lo que la doctrina reconoce que cumple tanto funciones negativas y funciones positivas en lo que atañe a la interpretación. En cuanto a las primeras, el argumento sirve tanto para rechazar una interpretación que refleje un desorden del legislador al promulgar sus disposiciones, como para atribuir un determinado significado al enunciado legal por su no inclusión en un contexto normativo específico. Respecto a las segundas, permite justificar una interpretación por la inclusión del enunciado legal en un determinado contexto normativo; o, deducir ese sentido del contexto en el que se halla el enunciado”. (p. 320)

Argumento a rúbrica. – Se refiere al encabezamiento del artículo con respecto al enunciado, en estos se plasma la intención del que emite las leyes. (Ezquiaga, 2013)

Argumento de la coherencia.- “En el ámbito constitucional, este argumento dota de contenido al principio de interpretación conforme a la Constitución, por lo que no solo constituye una exigencia consustancial al carácter normativo de la ley fundamental que supone la aplicación del derecho infra ordenado en armonía con ella, sino que se impone como límite al ejercicio del control de la constitucionalidad de las leyes y, por tanto, exige que los jueces, cuando ejercen control difuso, busquen hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la Ley que armonice con la norma suprema del Estado”. (Zavaleta, 2014, p.322)

Argumento teleológico. - Justifica atribuir a un mandato normativo, el significado que se le atribuya con la finalidad del precepto, por entenderse que la norma es un medio para alcanzar un fin. Considerándose dentro de este tipo de argumento finalidades diversas: fin del precepto concreto, objeto de interpretación, fin general de la materia regulada, fines genéricos del derecho, fines de la sociedad o los de un órgano. (Ezquiaga, 2013, p. 284)

Argumento histórico. - Propone atribuir como significado de una determinada disposición jurídica a aquel atribuido a una disposición precedente y preexistente que regulaba la misma materia en la misma organización jurídica. Es decir va tras los antecedentes y la evolución que dio lugar al enunciado normativo. (Zavaleta, 2014, pp. 324-325)

Argumento psicológico. -Esta emitido por el hacedor de la ley, en el queda plasmado su voluntad.. (Ezquiaga, 2013)

Argumento apagógico. - Método indirecto que demuestra la verdad de una proposición por la imposibilidad de aceptar las consecuencias provenientes de una proposición opuesta. (Zavaleta, 2014)

Argumento de autoridad. - “Justifica atribuir a una disposición el significado sugerido por alguien, por lo que su fuerza persuasiva, en principio débil, depende de la autoridad invocada, que puede ser una jurisprudencia no vinculante. Sin embargo, cabe señalar que los principales problemas que presenta este tipo de argumento residen en la justificación de su aplicabilidad, de su contenido y de la selección de la autoridad”. (Ezquiaga, 2013)

Argumento analógico. - “Justifica trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que es semejante al primero”. (Ezquiaga, 2013, p.320)

Argumento a fortiori. - “Justifica trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, porque merece esa solución legal con mayor razón”. (Ezquiaga, 2013, p.329)

Argumento a partir de principios.- “[...] cuando el juez utiliza este argumento, en primer lugar, solo constata principios que le son impuestos por el legislador, y, en segundo lugar; cuando los utiliza, está, o bien, colaborando a eliminar lagunas aparentes del ordenamiento y respetando la voluntad del legislador de dar solución a todos los casos jurídicamente relevantes, o bien, atribuyendo a los enunciados dudosos significados que coinciden con la voluntad del legislador y que ponen de manifiesto que el ordenamiento jurídico es un sistema coherente”. (Ezquiaga, 2013, p. 335)

Argumento económico.- “Utiliza la no aplicación de la no redundancia, en el sentido de que frente a un enunciado normativo excluye el significado que ya ha sido atribuido a otro enunciado normativo preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero”. (Zavaleta, 2014, p.322)

2.2.3.4.6. Teoría de la Argumentación Jurídica

A. Necesidad de Justificación en el Derecho

García (2003) indican:

“La ley es igual para todos y el Derecho está a disposición de todos para invocarlo ante los Tribunales, pero entonces ¿por qué hay buenos y malos abogados, jueces o fiscales? ¿qué marca la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es? La diferencia reside en su capacidad para argumentar, es decir, su habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra de una forma de aplicar el Derecho. Es natural, pues, que los juristas hayan tratado de comprender cómo argumentan y cómo deberían hacerlo. La disciplina que se ocupa de esclarecer estas cuestiones es la teoría de la argumentación jurídica”. (pp.43-44)

B. Argumentación que estudia la TAJ

Al respecto García (2003) sostiene:

“La TAJ se orienta al estudio de la argumentación a partir de normas, singularmente a partir de normas jurídicas. La TAJ se ocupa, por tanto, de la argumentación de decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico. Esta aseveración merece dos matizaciones.

En primer lugar, debe señalarse que, consecuentemente, no pretende ocuparse directamente de la argumentación moral. Sin embargo, la realidad es que la TAJ no puede ignorar el razonamiento moral porque el razonamiento jurídico se encuentra estrechamente vinculado al razonamiento moral.

[...]En segundo lugar; la argumentación jurídica se desarrolla en diversos ámbitos: en la creación del Derecho por parte del legislador, en su aplicación por parte de los jueces, en la doctrina jurídica, en los medios de comunicación social, etc. [...] La TAJ se concentrará fundamentalmente en el razonamiento jurídico desarrollado por los jueces. Posteriormente delimitaré con algo más de precisión el campo de la TAJ”. (pp. 52-53)

C. Teorías de la Argumentación Jurídica

Según Haba (2014): “Según los autores de la corriente doctrinaria conocida como Teoría de la Argumentación esta daría cuenta, presuntamente, de cuanto constituye la “técnica” por excelencia empleada por los operadores del derecho, en especial de los jueces. [...] En su aplicación a los discursos jurídicos, la Teoría de Argumentación se refiere principalmente al razonamiento en sede judicial. (p.34). “La tesis de Alexy constituye el “núcleo de significado” de la teoría de la argumentación jurídica. Y todo ello con vistas no sólo a reconstruir racionalmente e idealmente la argumentación judicial, es decir orientada a los “científicos del derecho” sino también a partir de los análisis de las sentencias de los procesos judiciales concretos.” (Carrión, 2014,p.441)

D. La utilidad de la TAJ

García (2003) afirma:

La TAJ puede servir a la práctica en dos sentidos que conviene distinguir. En cuanto teoría descriptiva de la argumentación que se desarrolla en el plano del puro análisis conceptual, la TAJ puede contribuir a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer. En cuanto teoría prescriptiva de la argumentación, que guía a los operadores jurídicos en su actividad decisoria, la dimensión práctica algo más clara, aunque en este caso el inconveniente consiste en que la TAJ se desenvuelve normalmente en un nivel de abstracción muy elevado que por sí sólo no aporta una guía precisa para la resolución de una concreta controversia jurídica. (p. 54)

2.2.3.4.7. Problemas de la actividad judicial

A. Carácter discrecional de Interpretación

Se refiere que existe una correspondencia al momento de interpretar con la formación humanística del operador, respecto a sus valores, sus criterios respecto al valor justicia y otros.).

B. Teoría Objetiva y Subjetiva de la Interpretación

Castillo (2004) señala:

Dentro de la teoría tradicional de la interpretación se levanta una larga polémica respecto a si se debe dar preferencia a la voluntad de la ley [mens legislatio] o se debe reparar a favor del sentido objetivo del texto. En algunos casos se considera que esta polémica no podrá ser jamás solucionada en forma definitiva, debiéndose tomar decisiones de acuerdo a los tiempos, además de recordar que dicha discusión encierra cierto bizantinismo.

A favor de la teoría subjetiva se apunta la necesidad de valorar la finalidad que tuvo el legislador histórico cuando expidió el precepto, que siempre cumple con una misión de regular una circunstancia histórica o resolver un conflicto social. Toda ley y su respectiva interpretación debe respetar el propósito y la finalidad que tuvo el legislador para decretar la vigencia de una disposición. Se habla aquí de un argumento fundado en los motivos. La ley jurídica, a diferencia de la ley natural, es hecha por hombres y para los hombres y es una voluntad que busca lograr un orden justo. Detrás de ella hay valoraciones, empeños y sobre todo un propósito regulador. Por lo tanto, para la teoría subjetiva la interpretación no debe ir más allá de la intención reguladora cognoscible y las decisiones valorativas inherentes a la regulación legal; de otro modo más que de interpretación se debería hablar de intromisión.

Sin embargo, actualmente existe una mayoritaria posición doctrinal que coincide en dotar de un lugar preferencial a la teoría objetiva de la interpretación en base a las profundas limitaciones que se imputan a la teoría subjetiva.

La teoría objetiva permite considerar al derecho como parte integrante de la cultura, interpretándolo de tal manera que pueda cumplir con las tareas sociales, económicas y éticas de nuestro tiempo. (...) Como apunta Soler: “no basta que el legislador quiera hacerle decir una cosa a ley, para que esta efectivamente lo diga”. Las intenciones del legislador suelen ser muy estrechas y reducidas respecto a la amplitud del precepto y del lenguaje que se utiliza, por lo que mediante los postulados de la teoría subjetiva se estaría obligando al intérprete de manera implícita a reducir la amplia cobertura del precepto, sometiénolo a los fines del legislador. Asimismo, respetar su sola voluntad implicaría concebir la

interpretación como dependiente de los factores coyunturales que suelen ocurrir cuando se expide una ley, embalsamando e inmovilizando su sentido para siempre. (pp. 32-37)

2.2.4. Derecho a la debida motivación

2.2.4.1. Importancia de la debida motivación

Si el juez cumple con motivar su decisión, en realidad trasciende en la decisión final cómo ha argumentado la decisión, en qué medida ha construido adecuadamente sus argumentos, cuáles tipos de argumentos ha utilizado, cuál es la concepción interpretativa que subyace en la posición que adopta para resolver la controversia jurídica, si ha respetado los estándares de justificación interna y por tanto, si ha sido la lógica no solo formal sino material uno de los elementos relevantes de la decisión, y si por otro lado, ha considerado una buena justificación externa, traducida en una conveniente corrección material de las premisas adoptadas.

2.2.4.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces

Los magistrados, cuando emiten sus decisiones, utilizan la lógica respecto a la formalidad de las premisas, sin embargo, este acto no garantiza la veracidad de las premisas.

2.2.5. La sentencia casatoria penal

2.2.5.1. Conceptos

Benavente & Aylas, (2010) refieren: “En *forma directa* cuando el tribunal ha subsumido incorrectamente bajo determinada ley penal un hecho correctamente determinado. En forma *indirecta*, por el contrario, cuando la subsunción es en sí misma correcta, pero los hechos han sido incorrectamente establecidos. Siendo que en este último supuesto, por lo general, se trata de la infracción de los preceptos constitucionales que excluyen la arbitrariedad y establecen los principios según los cuales no es posible valorar ciertas pruebas o exigen que el tribunal se ajuste a criterios racionales en la determinación de los hechos”. (p.34)

Díaz (2014) refiere:

Recurso de impugnación de carácter extraordinario, limitado e inimpugnable, que se interpone para ser resuelto por la Corte Suprema de la República como máxima instancia del Poder Judicial, con la finalidad de que se anulen determinadas sentencias o autos que ponen fina al proceso, cuando contravienen la Constitución, las normas legales de carácter

sustancial o procesal cuyo incumplimiento es sancionado con nulidad, la lógica o la jurisprudencia de carácter vinculante emitida por la corte Suprema o el Tribunal Constitucional. (p.47)

2.2.5.2. Causales para la interposición de recurso de casación

El Código Procesal Penal establece en su artículo 429, las causales por las cuales puede proceder el recurso de casación, sea esta de carácter ordinaria o extraordinaria:

2.2.5.2.1. Infracción de preceptos Constitucionales

De acuerdo con Iguarán (citado por Díaz, 2014) “Hoy se busca principalmente con el recurso de casación la efectivización de los derechos, en especial la de los derechos fundamentales, en el entendido que estos cumplen una función integradora e inspiradora de todo el ordenamiento jurídico y realizar la interpretación de todas las normas e instituciones del ordenamiento”. El recurso de casación no debe quedarse en los supuestos de contravención de las disposiciones constitucionales, sino que también debe proceder cuando se hubiera desconocido o vulnerado tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Perú forma parte y la decisión de la Corte Interamericana en esta materia”. (pp. 69-70).

2.2.5.2.2. Infracción de normas sustanciales

Se comparte con Maier (citado por Díaz, 2014) “En este supuesto el tribunal de casación examina si la sentencia objeto del recurso arroja un resultado que satisfaga los principios que gobiernan la interpretación y aplicación de la ley penal”. (p.71).

2.2.5.2.3. Infracción de normas procesales

Estas normas de orden procesal podrían estar referidas al trámite mismo del proceso o al reconocimiento de derechos de los sujetos procesales que el órgano jurisdiccional está obligado a respetar. (Díaz, 2014)

2.2.5.2.4. Infracción a la logicidad de la sentencia

Se produce cuando el razonamiento realizado en la sentencia o auto objeto de casación viola los principios lógicos, así como las reglas de la experiencia, así por ejemplo puede darse que en una sentencia se den argumentos a favor de la absolución de una persona, y sin embargo, se termine condenando, o cuando se dan argumentos contrapuestos, esto es,

cuando en algunos considerandos de la sentencia se n argumentos a favor de la absolución y en otros argumentos a favor de la condena y no se explica por qué se opta por una u otra alternativa. (Díaz, 2014)

2.2.5.2.5. Apartamiento de la Doctrina Jurisprudencial de la Corte Suprema

Este supuesto se presenta cuando el órgano jurisdiccional se aparta de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema o la que emite el Tribunal Constitucional, conocido también como recurso de casación en interés casacional, señalando que la *doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema* son aquellos conceptos o definiciones que realiza la Corte Suprema como máximo órgano del Poder Judicial y a los que se hace referencia expresamente el artículo 433 del CPP.

Por lo que se comparte con el autor Díaz (2014) que dicha causal debería ser modificada a fin de incluir el apartamiento de los “precedentes constitucionales” emitidos por el Tribunal Constitucional, pues estos son distintos a la doctrina constitucional en la medida que éstos regulados en el artículo VII del Código Procesal Constitucional, son reglas jurídicas que establecen de manera expresa el Tribunal Constitucional al resolver un caso concreto y que debe ser de observancia obligatoria para todos los poderes y organismos del Estado, inclusive para el propio Tribunal Constitucional, quien para apartarse del precedente deberá expresar las razones por las cuales se está apartando. (p.73)

2.2.5.2.6. Causales según caso en estudio

De conformidad con el art. 429 del C.P.P inciso 1. *Inobservancia de Garantías Constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa*. Tal como sostienen los autores Segura & Sihuay (2015) “el término “garantías constitucionales” de contenido material o procesal hace referencia a los preceptos que la Constitución Política reconoce para poder orientar y a su vez limitar nuestro régimen punitivo, así desde una perspectiva material, legalidad penal, la libertad personal, la inviolabilidad de domicilio, el derecho a la intimidad, entre otros; mientras que desde una óptica procesal podemos ver, en esencia, cuatro garantías procesales genéricas, cada una de las cuales cuenta con un contenido propio: el debido proceso, la tutela jurisdiccional, presunción de inocencia, el derecho de defensa procesal” (pp.79-80)

La Indevida aplicación de la ley penal regulada en el artículo 429 inciso 3 del CPP: “Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación”.

Cuando el juez se enfrenta a una determinada situación fáctica debe realizar un proceso de selección de la norma aplicable, de tal manera que el hecho que es motivo de juzgamiento se adecue concretamente a la descripción típica. No obstante, este proceso de selección puede resultar errado, por falta de aplicación de la norma que subsumirá el hecho objeto de la decisión judicial, o porque aplicó una que no concuerda con ellos, o finalmente, que se aplicó la disposición correcta, pero con un erróneo sentido o interpretación.

Entendiéndose como norma sustantiva en materia penal, debe precisarse que es aquella que describe un determinado comportamiento como delito y le señala una pena, o las que establecen circunstancias agravantes, atenuantes o relativas de la pena o efectos penales. (Segura & Sihuay, 2015, p.91)

2.2.5.2.7. Características de la Casación

Tiene como principales características según Ramírez (1993) las siguientes:

- a. Es extraordinario, pues busca la correcta aplicación de la ley y la unificación de la jurisprudencia, y no busca pronunciarse sobre los hechos.
- b. No tiene la amplitud de un recurso de apelación, que es una impugnación tanto de hecho como de derecho. Además, la casación solo autoriza la revisión por la Corte Suprema cuando el recurso se declara procedente, a diferencia de la apelación que produce, automáticamente una revisión por la instancia superior.
- c. Debe haber legitimación para impugnar la resolución que supuestamente causa agravio. Esto da carácter personal al recurso, y deben interponerse dentro del término perentorio previsto en la ley.
- d. Debe estar admitido expresamente por la ley. La analogía es incompatible con su peculiar naturaleza.
- e. Debe ser exhaustivamente motivado, pues el recurso fija los alcances del pronunciamiento de la Corte.
- f. La función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico.

- g. La función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

2.2.6.3. La casación penal en nuestro sistema jurídico peruano

Se encuentra regulada en el Código Procesal Penal de 2004 en el libro IV la impugnación, en la sección V que contiene los artículos 427 al 436 ha incorporado la casación como un recurso extraordinario, debiendo de concordar estas disposiciones con la sección primera del mismo libro referido a los preceptos generales de la impugnación (artículos 404 al 412) y las disposiciones de la sección segunda referidos a las clases de medios impugnatorios y el plazo para interponerlos (artículos 413 y 414):

2.2.6.4. Fines del recurso de casación penal

Son fines de la casación el reexamen y la modificación o anulación de las resoluciones (expedidas en revisión por las Cortes Superiores o de las sentencias de primera instancia, en el caso de la casación por salto) que contengan vicios *in indicando* o *in procedendo*, vale decir que, por error o arbitrariedad judicial, apliquen indebidamente o interpreten en forma equivocada una norma de derecho material o la doctrina jurisprudencial o que omitan su aplicación, o que vulneren preceptos que garantizan el derecho a un debido proceso o las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

Se advierte que, además de controlar la legítima aplicación de las normas jurídicas (función monofiláctica), lograr la unificación de los criterios de decisión judicial (función unificada) y obtener la justicia en el caso en concreto (función justiciera), recurriendo el efecto, entre otros, el control fáctico del proceso.

2.2.6.5. Clases de Casación

2.2.6.5.1. Por su amplitud

Casación ordinaria: procede en supuestos cerrados, delimitados por el legislador. En esta forma de casación el objeto impugnable está limitado a naturaleza cualitativa: determinadas resoluciones judiciales; y a criterios de naturaleza cuantitativa: el primero, la *summa poena* (pena mínima), cuando se refiere a las penas privativas de la libertad; el segundo, la *summa gravaminis* (valor de agravio o gravamen), cuando se refiere a las

medidas de seguridad, cuando la impugnación se refiera a la responsabilidad civil y cuando, igualmente, refiriéndose a la reparación civil, el objeto no puede ser valorado.

Casación extraordinaria: el propio CPP, en su artículo 427.4, se encarga de rotular a este tipo de casación como “excepcional”, pues su tenor reza de la siguiente manera: “Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”.

2.2.6.5.2. Por la naturaleza de la norma que le sirve de sustento

Según (Benavente & Aylas, 2010) a raíz de las causales para interponer el recurso de casación previstas en el artículo 429 del Código Procesal Penal se ha podido clasificar este recurso, en materia penal, en: Casación penal constitucional; casación penal procesal; casación penal sustantiva.

2.2.6.6. Requisitos de admisibilidad del recurso de casación

Dentro del trámite del recurso extraordinario de casación se puede hablar de requisitos de fondo y forma.

i) Requisitos de fondo. - De conformidad con el artículo 428 y 430, numeral 1, del nuevo Código Procesal Penal, al interponer el recurso de casación se debe cumplir con los siguientes requisitos de fondo.

ii) Requisitos de Forma. - De conformidad con el artículo 428, en concordancia con el artículo 405 del nuevo Código Procesal Penal, refiere que al interponerse el recurso de casación se debe cumplir con los siguientes requisitos de forma.

2.2.6.7. Limitaciones a la procedencia del recurso de casación.

Benavente & Aylas (2014) señalan:

Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.- Siendo la casación un recurso impugnatorio excepcional que no conlleva el inicio a una tercera instancia, sino el análisis de la legalidad y logicidad de aquellas resoluciones judiciales señaladas en el punto anterior, expedidas por la Sala Penal Superior, se tiene que el texto adjetivo ha establecido restricciones o limitaciones en el objeto de conocimientos, por parte de órgano casatorio.

Así, la primera limitación gira en torno a los autos que ponen fin al procedimiento, por ejemplo, aquella que declara fundada una excepción perentoria donde el delito más grave debe estar sancionado, en su extremo mínimo, con una pena privativa de libertad mayor de seis años.

En ese sentido, el empleo del quantum de la pena sirve para determinar que solamente casos de relevancia jurídico-penal, es decir, aquellos que presentan una grave afectación a los bienes jurídicos penalmente protegidos, podrán ser de conocimiento del órganocasatorio.

Aquellos casos que no presentan esa relevancia deberán ser resueltas, en segunda y última instancia, por la Sala Penal Superior, vía el recurso de apelación. (Benavente, p.108)

Sin embargo, el haber mencionado solamente los autos que ponen fin al procedimiento; dando a entender que esta limitación de la pena no es aplicable para los autos de sobreseimiento, así como los autos que declaran la extinción de la acción penal y la pena. No obstante, no se puede compartir con esta interpretación, dado que se iría en contra del carácter extraordinario de la casación penal, abriéndose las compuertas del análisis casatorio a todo problema jurídico-penal, incluso los insignificantes o irrelevantes para el sistema de justicia penal.

No obstante, no puede ser extendida cuando la casación gira en torno a los autos que deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, dado que la regulación de esta figuras, de acuerdo con el Código Penal, gira en torno a delitos cuya sanción no excedan de dos años (para los casos de la conversión y la exención de pena), tres años (para el supuesto de reserva de fallo condenatorio) o bien de cuatro años (en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena). En ese sentido, a pesar de que estas instituciones jurídico-penales proceden para delitos sin mayor significado social, el hecho de permitírseles ser objeto de control de la casación se debe no al quantum de la pena, sino por incidir, directamente, en el derecho constitucional a la libertad personal; al negársele la posibilidad, al imputado, de no verse afectado el citado derecho a través de estas medidas alternativas o sustitutivas de la pena privativa de libertad. (Benavente, p.109)

Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del fiscal tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años. - La limitación por parte del quantum de la pena también se aplica en aquellas sentencias dictadas por la Sala Penal Superior.

Lo resaltante es que el delito ha de ser tomado en cuenta para la determinación de la pena privativa de la libertad es el más grave mencionado en la acusación del Ministerio Público. Ello, debe ser analizado conjuntamente con la potestad de recalificación jurídica del órgano del juicio oral, regulada en el artículo 374 1) del Código Procesal Penal de 2004. (Benavente, 2010, p. 109) En ese sentido, el juez del juicio oral, no podrá modificar la calificación jurídica de los hechos expuestos en la acusación escrita del Ministerio Público o en su ampliación, salvo cuando ha incorporado una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público.

Sin embargo, debe considerarse adecuado tener como referente la acusación del Ministerio Público debido a que el nuevo sistema de justicia penal se funda en el principio del acusatorio, y en la correlación que debe tener la sentencia con la acusación fiscal (artículo 397 del Código Procesal Penal del 2004)

Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando esta sea la de internación. - Como se sabe, un proceso penal especial es el de seguridad, el cual se aplica para aquellos inimputables o imputables relativos que han cometido, en ese estado, una conducta típica y antijurídica, y que además presenta una peligrosidad jurídico-penal. En este marco, la consecuencia jurídica a aplicárseles es la imposición de una medida de

seguridad, ya sea de internamiento o bien la de tratamiento ambulatorio; de acuerdo con lo señalado en los artículos 71 al 77 del Código Penal.

No obstante, por el carácter extraordinario de la casación, solamente aquella sentencia donde se impone una medida de internación es la que puede ser objeto del control casatorio; dado que, y de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 74 del Código penal, esta medida se aplica cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves; procediéndose a ordenar su ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia. (pp. 108-110).

2.3. Marco Conceptual

Casación. Es el recurso que se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos en atención a graves infracciones a las leyes o a la doctrina legal, con la finalidad de “casarlas” o anularlas. Se la define como “[...] *la acción de casar o anular. Nombre que recibe el recurso extraordinario, destinado a la anulación de los tribunales inferiores por defectos de forma, infracción de ley o doctrina legal*”.

Expediente. (Derecho procesal) Es el conjunto de escritos, actas y resoluciones donde se encuentran consignados todos los actos procesales realizados en un proceso, los cuales son ordenados según la secuencia de su realización en folios debidamente numerados correlativamente. (Poder Judicial, 2015)

Distrito Judicial. Subdivisión territorial para efectos de la organización del poder judicial.

Normas Legales. La ley o cualquiera de sus preceptos cuando es compleja o extensa.

Normas Constitucionales. Norma incluida en una Constitución o que por otros motivos jurídicos tiene los efectos atribuidos a las que forman parte de esa Ley fundamental.

Técnicas de Interpretación. Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.

2.4. SISTEMA DE HIPÓTESIS

La validez de la norma jurídica y las técnicas de interpretación son aplicadas debidamente en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 de la Corte Suprema, en el expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04 del Distrito Judicial Del Santa – Chimbote. 2020; en razón de

que fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y Nivel de investigación

3.1.1. Tipo de investigación: cuantitativa - cualitativa (mixta)

Cuantitativa: Es cuantitativa en el sentido que la validez normativa como variable independiente utiliza la propia validez como de la verificación, para someterse a la ponderación y calificación de un valor numérico reflejado en los cuadros de resultados; una vez identificada permitió la identificación de las técnicas de interpretación. Asimismo, las técnicas de interpretación como variable dependiente pudieron ser ponderada y calificada con un valor numérico, basadas en sus respectivas dimensiones: interpretación y argumentación.

Cualitativa: Es cualitativa en el sentido que la investigadora utilizó las técnicas para recolectar datos, como la observación y revisión de documentos (sentencias), pudiendo evaluar la validez de la norma jurídica empleando las técnicas de interpretación; es decir, no se evidenció manipulación alguna de las variables en estudio.

Por lo que ambos tipos de investigación proponen nuevas observaciones y evaluaciones para esclarecer, modificar y fundamentar las suposiciones e ideas o incluso generar otras. (Hernández, Fernández & Batista, 2014, p. 4)

3.1.2. Nivel de investigación: exploratoria - hermenéutica

Exploratorio: Es exploratoria porque la formulación del objetivo, evidencia que el propósito fue examinar una variable poco estudiada (validez de la norma jurídica y técnicas de interpretación), porque hasta el momento de la planificación de investigación se ha encontrado estudios relativamente conocidos, por lo cual la investigadora pudo efectuar una investigación más completa respecto a un contexto particular (sentencias emitidas por el órgano supremo).

Por ello, se orientará a familiarizarse con las variables en estudio, teniendo como base la revisión de la literatura que contribuirá a resolver el problema (Hernández, Fernández & Batista, 2014).

Hermenéutica: Porque interpreta y explica el sentido de la norma, haciendo que su comprensión sea clara, coherente y razonable para analizar la validez de la norma jurídica y determinar qué tipo de técnica de interpretación se aplicó para dar solución a la misma.

3.2. Diseño de investigación: método hermenéutico dialéctico

Se basó en la relación dialéctica entre la comprensión, la explicación y la interpretación de la norma con la finalidad analizar y explicar y de qué manera se aplican la validez de la norma jurídica y las técnicas de interpretación en las Sentencias emitidas por los Órganos Supremos de Justicia del Perú.

3.3. Población y Muestra

Con relación a la investigación en estudio la población estuvo constituida por un expediente judicial que se encuentra consignado con el N° 01387-2014- 0-2501-JR-PE-01 perteneciente al **Distrito Judicial del Santa - Chimbote**, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.

3.4. Definición y operacionalización de las Variables y los indicadores

VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
X ₁ : VALIDEZ DE LA NORMA JURÍDICA	Independiente	La validez de una disposición jurídica consiste en que esta sea coherente y conforme a las normas que regulen el proceso formal y	Validez Establecer la validez y vigencia de la norma.	Validez Formal	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Jerarquía ▪ Temporalidad ▪ Especialidad 	
				Validez Material		
			Verificación de la norma		Principio de proporcionalidad	INSTRUMENTO:

		material de su				
--	--	-------------------	--	--	--	--

		producción normativa jurídica.	A través del control difuso y el empleo del Test de Proporcionalidad u otros medios.	Control difuso	Juicio de ponderación	Lista de cotejo
Y₁: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Dependiente	Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.	INTERPRETACIÓN Del latín <i>interpretari</i> , es la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en torno a un hecho.	Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 	TECNICAS: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Técnica de observación ▪ Análisis de contenidos
				Resultados	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa ▪ Programática 	
			Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico-Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 		
			Componentes	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisas ▪ Inferencias ▪ Conclusión 		
			Sujeto a	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Principios ▪ Reglas 		

3.5. Técnicas e instrumentos

Para el recojo de datos se aplicó las técnicas de la observación y el análisis de contenido utilizando como instrumento una lista de cotejo, validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f.) donde se logran presentar los parámetros, extraídos de la revisión de la literatura que se constituyen en indicadores de las variables. Asimismo, para asegurar la coincidencia con los hallazgos, el contenido de la sentencia forma parte de la presentación de los resultados, denominándose evidencia empírica. (Lista de cotejo y cuadro de presentación de los resultados correspondientes al docente investigador).

3.6. Plan de análisis

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

3.6.1. La primera etapa: abierta y exploratoria

Fue una actividad que consistió en aproximarse gradual y reflexivamente al fenómeno, estando guiado por los objetivos de la investigación; donde cada momento de revisión y comprensión fue una conquista; es decir, fue un logro basado en la observación y el análisis. En esta fase se concretó, el contacto inicial con la recolección de datos.

3.6.2. La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección de datos

También, fue una actividad orientada por los objetivos, y la revisión permanente de la literatura, porque facilitó la identificación e interpretación de los datos. Se aplicó las técnicas de la observación y el análisis de contenido, y los hallazgos fueron 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 siendo reemplazados por sus iniciales.

3.6.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático

Fue 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, fue una lista de cotejo validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f.), estando compuesto de parámetros, normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura, que se constituyeron en indicadores de la variable. Los procedimientos de recolección, organización, calificación de los datos y determinación de la variable, se evidencia como Anexo con relación al Informe de Tesis.

3.7. Matriz de consistencia

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
<p>VALIDEZ DE LA NORMA JURÍDICA Y TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADAS EN LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA, EN EL EXPEDIENTE N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04, DEL DISTRITO JUDICIAL DEL SANTA - CHIMBOTE. 2020</p>	<p>¿De qué manera se aplican la validez de la norma jurídica y las técnicas de interpretación jurídica en la Sentencia Casatoria 335-2015 emitida por la Corte Suprema, en el expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04, del Distrito Judicial del Santa – Chimbote? 2020?</p>	<p>Objetivo General:</p> <p>Determinar la aplicación de la validez de la norma jurídica y las técnicas de interpretación jurídica en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 emitida por la Corte Suprema, en el expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04, del Distrito Judicial del Santa –Chimbote. 2020</p>	<p>X1: VALIDEZ DE LA NORMA JURÍDICA</p>	<p>Independiente</p>	<p>La validez de una disposición jurídica consiste en que esta sea coherente y conforme a las normas que regulen el proceso formal y material de su producción normativa jurídica.</p>	<p>Validez</p>	<p>Validez formal</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Jerarquía ▪ Temporalidad ▪ Especialidad 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Técnica de observación ▪ Análisis de contenidos
		<p>Validez material</p>					<p>Principio de proporcionalidad</p>		
		<p>Verificación de la norma</p>						<p>Control difuso</p>	

		<p>2. Determinar la verificación de la norma, en base al control difuso.</p> <p>3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados, y medios.</p> <p>4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, sujeto, y a argumentos interpretativos.</p>						<p>Juicio de ponderación</p>	<p>Lista de cotejo</p>
									<p>Población-Muestra</p>
									<p>Población:</p> <p>Expediente judicial consignado con el N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04, perteneciente al Distrito Judicial del Santa - Nuevo Chimbote, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra, tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.</p>
		<p>HIPÓTESIS:</p> <p>La validez de la norma jurídica y las técnicas de interpretación fueron aplicadas debidamente en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 de la Corte Suprema, en el expediente N° 00375-2013-83-2501-</p>	<p>Y₁:</p>	<p>Dependiente</p>	<p>Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir</p>	<p>INTERPRETACIÓN</p>	<p>Sujetos</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 	
							<p>Resultados</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa ▪ Programática 	

		JR-PE-04, del Distrito Judicial Del Santa – Chimbote, 2020; en razón de que fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.	TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN		argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.		Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico-Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 	
						ARGUMENTACIÓN	Componentes	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisas ▪ Inferencias ▪ Conclusión 	
							Sujeto a	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Principios ▪ Reglas 	

3.8. Principios éticos

3.8.1. Consideraciones éticas

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, estuvo sujeta a lineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad (Universidad de Celaya, 2011). La investigadora asumió 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). Suscribiéndose una Declaración de Compromiso Ético, que se evidencia como Anexo 2 en el presente Informe de Tesis.

3.8.2. Rigor científico


Para asegurar la confiabilidad y credibilidad; minimizar los sesgos y tendencias, y rastrear los datos en su fuente empírica (Hernández, Fernández & Batista, 2014), se insertó el objeto de estudio: Sentencia Casatoria proveniente de la Corte Suprema, que se evidencia como Anexo N° 1 en el presente Informe de Tesis.

Se precisa que la elaboración y validación del instrumento; la operacionalización de la variable; Los procedimientos para la recolección, organización y calificación de los datos; el contenido de la Declaración de Compromiso Ético; 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, fue realizado por el Docente de Investigación a cargo de la Asignatura de Tesis (ULADECH Católica – Sede central: Chimbote – Perú.

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados

Cuadro 1: Validez Normativa aplicada en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 de la Corte Suprema, del Expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04, del Distrito Judicial Del Santa - Chimbote 2020.

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de las sub dimensiones			Calificación total de la validez normativa		
					Nunca	A veces	Siempre	Nunca	A veces	Siempre
					[0]	[3]	[5]	[0]	[1-27]	[28-45]
VALIDEZ NORMATIVA	VALIDEZ	Validez formal	 <p>CORTE SUPREMA SALA PENAL PERMANENTE DE JUSTICIA CASACIÓN N° 335-2015 DE LA REPUBLICA DEL SANTA</p>	<p>1. Los fundamentos evidenciaron la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma. Si cumple</p> <p>2. Los fundamentos evidenciaron la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. No cumple</p>	X		X			
			DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE							
		<p>Sumilla: La inaplicación de la pena conminada en el tipo pena! previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido</p>	<p>1. Los fundamentos evidenciaron la selección de normas legales, teniendo en cuenta la validez material de la norma. Si cumple</p>							

		<p>Control difuso</p>	<p>- Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.</p> <p>De conformidad, en parte, con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.</p> <p>Interviene como ponente el señor Juez Supremo C.H.P.</p> <p style="text-align: center;"><u>FUNDAMENTOS DE HECHO</u></p> <p>§ ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA</p> <p><u>PRIMERO:</u> El señor Fiscal Provincial Coordinador de la Tercera Fiscalía Penal Corporativa Del Santa, mediante requerimiento de fojas setenta y cuatro, formuló acusación contra G.C.V.M., como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de Violación Sexual de Menor, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., solicitando que se le imponga treinta años de pena privativa de libertad y dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de dicha agraviada.</p> <p><u>SEGUNDO:</u> Realizado el control de acusación - fojas ciento treinta y uno, y ciento treinta y seis del tomo I-, se emitió el auto de enjuiciamiento de fojas ciento treinta y ocho. El inicio del juicio oral se produjo el primero de octubre de dos mil catorce - fojas ciento veinticinco -. Las sesiones plenarios se extendieron hasta el treinta de</p>	<p>2. Se determinó el cumplimiento de los requisitos de interposición del recurso de casación. Si cumple</p> <p>3. Las normas seleccionadas permitieron evidenciar el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. Si cumple</p> <p>4. Las normas seleccionadas evidenciaron el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. Si cumple</p> <p>5. Las normas seleccionadas evidenciaron el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. Si cumple</p>		<p>X</p> <p>X</p> <p>X</p> <p>X</p>				
--	--	------------------------------	--	--	--	-------------------------------------	--	--	--	--

		<p>octubre del mismo año - ciento setenta uno -. En la misma fecha, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emitió la sentencia de fojas ciento ochenta y cinco, condenando a G.C.V.M., como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual de Menor de Edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la indicada menor.</p> <p>ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA</p> <p><u>TERCERO:</u> Contra la sentencia condenatoria, el procesado G.C.V.M., interpuso recurso de apelación - fojas doscientos veinte-; el mismo que fue concedido mediante resolución de fojas doscientos veintiséis, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante resolución de fojas doscientos setenta y tres, señaló fecha de audiencia de apelación el día nueve de marzo de dos mil quince. En la fecha indicada se dio inicio a la audiencia - fojas doscientos ochenta y dos-. Compareció el señor Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior del Distrito Fiscal Del Santa, así como el abogado defensor del sentenciado G.C.V.M. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. El primero solicitó que se confirme la sentencia apelada. En tanto, el segundo requirió su revocatoria y consecuente</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>absolución de los hechos incriminados. Los alegatos versaron en dos aspectos medulares:</p> <p>I. Del lado del Fiscal, se enfatizó en la contundencia de la prueba de cargo para justificar la condena, la pena y-la reparación civil impuesta [pretensión acusatoria]; y,</p> <p>II. Del lado de la defensa, se destacó que la edad de la menor sólo podía acreditarse mediante la partida de nacimiento respectiva; que la agraviada incurrió en diversas contradicciones respecto a las circunstancias en que se produjo la violación; que el encausado no ha sido reconocido como autor del delito y resulta poco probable que el acto sexual se haya producido en el domicilio de este último, y que en la determinación de la pena, no se ha considerado su condición de agente primario, por lo que debió imponérsele una sanción por debajo a el mínimo legal [pretensión defensiva].</p> <p>CUARTO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, de fecha diecinueve de marzo de dos mil quince, resolvió: i) Inaplicar el mínimo y máximo- de la pena conminada [de treinta a treinta y cinco años de pena privativa'-de libertad] prevista en el artículo 173°, inciso 2), del Código Pénale y la prohibición de responsabilidad • restringida estipulada' en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código acotado; ii) Elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso no fuese interpuesto el recurso de casación; iii) Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el procesado G.C.V.M; contra la sentencia ele primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce; iv) Confirmar la referida sentencia en cuanto condenó a G.C.V.M, como autor del delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.; v) Modificar la pena impuesta al condenado, y, reformándola, le impuso</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>la pena de cinco años\ de pena privativa de libertad efectiva; y, vi) Confirmar en el extremo que fija por concepto de reparación civil, la suma de dos mil nuevos soles a favor de la agraviada.</p> <p>QUINTO: Los hechos declarados probados por la Sala Penal Superior, desde la perspectiva jurídica, constituyen tópicos inalterables para este Supremo Tribunal, respecto de los cuales no cabe su - impugnación en sede casatoria. En este sentido, de la Sentencia de primera instancia y de la de vista, se desprende lo siguiente:</p> <p>A. Que, el acto sexual en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales C.B.Y.B., se acreditó con el Certificado Médico Legal número 001461 - EIS, de fojas ciento cuarenta y siete, que diagnostica la presencia de; <i>"lesiones traumáticas externas recientes en región genital, himen: desfloración antigua y ano: signos de acto contra natura antiguo con lesiones recientes"</i>.</p> <p>B. Que, el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 — 2013 — PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho, establece que la menor presenta; <i>"personalidad ansiosa tendiente a la extroversión, reacción depresiva, temor, desgano asociado. -al motivo de investigación (...) indicadores de esfresor de tipo sexual (sudoración palmar, onicofagia, labilidad,</i></p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p><i>ruborización)</i>".</p> <p>C. Que, la edad de la agraviada está debidamente probada con la partida de nacimiento de fojas doscientos cincuenta, según la cual nació el tres de febrero del dos mil, por lo que, a la fecha del evento criminoso (veintisiete de febrero del dos mil trece), tenía trece años y veinticinco días de edad.</p> <p>D. Que, la relación sexual entre la menor individualizada con las iniciales C.B.Y.B. y el acusado Geancarlos Vega Mejía fue consentida, no habiendo mediado violencia o amenaza. El acusado en referencia, al momento de los hechos, contaba con 19 años de edad.</p> <p>DEL RECURSO DE CASACIÓN.-</p> <p>SEXTO: La señora Fiscal Superior, a fojas trescientos catorce, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, en los extremos que: a) Inaplicó el mínimo y máximo de la pena conminada [de 30 a 35 años de pena privativa de libertad] prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del código acotado; y, b) Modificó la pena de 30 años de pena privativa de libertad, impuesta al acusado Geancarlos Vega Mejía, y reformándola, le impuso 5 años de pena privativa de libertad efectiva. Se invocó como causales del recurso de casación, las previstas en el artículo 429°, numerales</p>						
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>1) y 3), del Código Procesal Penal. El Recurso fue concedido por resolución de fojas trescientos sesenta y dos.</p> <p>SÉTIMO: Este Supremo Tribunal mediante Ejecutoria Suprema de fecha 05 de octubre de 2015, obrante a folios 48 en el presente cuadernillo, declaró bien concedido el recurso de casación, solo por la causal prevista en el artículo 429°, numeral 3), del Código adjetivo acotado, cuyo texto es el siguiente: <i>"Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación"</i>. Mientras que fue declarado inadmisibile por la causal prevista en el inciso 1°, del artículo 429° del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: <i>"Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías"</i>. En este lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a lo siguiente:</p> <p>A. La inaplicación (falta de aplicación) de la pena conminada prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal; y</p> <p>B. La inaplicación (falta de aplicación) del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, que excluye la responsabilidad restringida de los sujetos activos de 18 a 21 años de edad, en el delito de violación de la libertad sexual.</p> <p>OCTAVO: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación — notificación de fojas cincuenta y tres, en el cuadernillo supremo -, se expidió el</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>decreto de fojas cincuenta y cinco en el presente cuadernillo, señalándose fecha para la audiencia de casación el dieciocho de mayo de dos mil dieciséis. El señor FISCAL SUPREMO EN LO PENAL, mediante escrito de fecha diecisiete-de mayo de dos mil dieciséis, presentado un día antes de la audiencia de casación, mostró su conformidad con la inaplicación- de das normas legales antes mencionadas, efectuada por la Sala Penal de Apelaciones Del Santa, aunque exponiendo argumentos distinto ;sin embargo, solicitó que la pena se incremente en 3 años, es decir, en vez de 5 se imponga al procesado la pena de 8 años de pena privativa de libertad. El máximo representante del Ministerio Público y titular del ejercicio público de la acción penal, como ente persecutor, sostiene en resumen los siguientes argumentos: i) Que, existen buenas razones para admitir el control difuso efectuado por el Tribunal Superior, siendo admisible, por un lado, la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, y de otro lado, la imposición de una pena por debajo de! marco legal para el delito imputado; ii) Que, el consentimiento en la relación sexual sostenida entre un sujeto activo de responsabilidad restringida y un sujeto pasivo que está en edad cercana a adquirir autodeterminación sexual, constituyen circunstancias fácticas constitucionalmente relevantes para influir en el marco sancionatorio que debe aplicarse, debiendo ser uno menor al previsto por la Ley, motivo porel cual, no convergen razones jurídicas</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>para considerar que un agente necesite treinta años de pena privativa de libertad para resocializarse, por haber mantenido una relación sexual con una menor de trece años de edad; iii) Que, la sanción acotada no supera el juicio de necesidad, estimándose que su resocialización como fin de la pena se puede alcanzar con un marco punitivo que restrinja su derecho a la libertad personal de modo más benigno;</p> <p>iv) Que, la sanción de treinta años de privación de libertad anula el bien jurídico [libertad personal] junto al proyecto de vida del imputado, quien es una persona joven que apenas superó el límite de edad para ser considerado imputable penalmente. Asimismo, anota que el delito fue-consumado cuando la menor se encontraba en la última etapa de desarrollo de su capacidad psicofísica para adquirir autodeterminación sexual. Al punto que, de acuerdo a la pericia psicológica practicada, no se revelan reacciones o indicadores de alta gravedad de afectación emocional; v) Que, si bien el consentimiento en la relación sexual, no es relevante para determinar la consumación del tipo penal; si constituye un factor trascendente al momento de la determinación de la sanción penal. Por todas estas consideraciones, estando a que el hecho no reportó circunstancias agravantes, pues, contrariamente a ello, se destaca que el agente tenía la condición de reo primario y por su imputabilidad relativa, corresponde disminuir prudencialmente la pena del marco legal abstracto señalado; considerando que debe aplicársele 8 años de pena</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>privativa de libertad.</p> <p><u>NOVENO:</u> La audiencia de casación se realizó con la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, y culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta.</p> <p>En virtud de lo cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el artículo 431°, numeral 4), del Código Procesal Penal, señalándose para el primero de junio de dos mil dieciséis.</p> <p style="text-align: center;"><u>FUNDAMENTOS DE DERECHO</u></p> <p>CONSIDERACIONES PRELIMINARES</p> <p><u>DÉCIMO:</u> La Fiscalía Superior impugnante considera que la Sentencia de Vista, materia del presente recurso-de casación, que reduce la pena impuesta al procesado G.C.V.M, de 30 años de pena privativa de libertad a 5 años de pena privativa de libertad, vulnera el principio de legalidad, de la pena, por cuanto no aplicó la pena tasada prevista en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, que establece un</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>mínimo de 30 y un máximo de 35 años de pena privativa de la libertad. Asimismo, aplicó la atenuante por responsabilidad restringida prevista en el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, a pesar de que el segundo párrafo del mismo artículo, lo prohíbe para el delito de violación de la libertad sexual; cuestionando el test de proporcionalidad efectuado por el Colegiado Superior, tanto para la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, así como para la graduación de la pena. En este sentido, este Supremo Tribunal analizará si dicha sentencia de vista tiene legitimidad constitucional, en base a las particularidades del caso concreto, para lo cual examinará el test de proporcionalidad realizado por la Sala Penal de Apelaciones.</p> <p>DÉCIMO PRIMERO: Es pertinente dejar sentado que el Colegiado Superior, dio por probado el supuesto de hecho (acceso carnal con una menor de 13 años de edad, previsto en el primer párrafo del artículo 173) pero no aplicó la pena privativa de libertad conminada prevista en el artículo 173.2 del Código penal (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 este sentido, la Sala Penal de Apelaciones no se ha apartado del principio de legalidad del hecho típico, por cuanto la conducta desarrollada por el procesado V.M, como es la de haber tenido acceso carnal con la agraviada, sí ha sido subsumida en el primer párrafo del mencionado tipo penal.</p> <p>DÉCIMO SEGUNDO: La Sala Penal de Apelaciones que dictó la sentencia de vista impugnada, no aplicó tanto el artículo 173°, inciso 2°, así como el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, que se refieren a la pena aplicable para el</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>supuesto de hecho correspondiente; es decir, se apartó del principio de legalidad de la pena. Dicho Colegiado Superior hizo uso de su facultad constitucional prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, que prescribe; " <i>En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal los jueces prefieren la primera</i>". Es decir, realizando un control de constitucionalidad de las leyes aplicables al caso concreto, consideró que dichos artículos son incompatibles con otros principios y derechos constitucionales, por lo que utilizó lo que en doctrina constitucional se conoce como el "control difuso" de las leyes; no aplicándolas solo en este casoconcreto.</p> <p><u>DÉCIMO TERCERO:</u> A criterio de este Supremo Tribunal y compartiendo la posición del Colegiado Superior, en efecto, estamos ante la colisión del Principio de Legalidad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado que señala: "<i>Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley</i>" (el resaltado es nuestro), reflejado en el artículo 173°, inciso 2°, y artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; y los Principios de Proporcionalidad, previsto en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución y en el artículo VIII del Código Penal que señala: "<i>La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho</i>" y de resocialización del reo, previsto en el artículo 139°, inciso 22, de la Constitución Política del Estado, así como el principio convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles , inhumanas o degradantes, garantizado en el artículo 5.2 de la Convención - Americana de Derechos Humanos (en adelante-CADH).</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>DÉCIMO CUARTO: La criminalización del acceso carnal con menores de 13 años de edad, busca proteger el bien jurídico denominado “indemnidad sexual”; considerando el legislador que con una pena de 30 a 35 años de prisión, prevista en el artículo 173.2 del Código Penal (principio de legalidad de la pena) se tutela de manera adecuada dicho bien jurídico; prohibiendo, además, cualquier beneficio procesal de atenuación de dicha pena, por lo que excluyó la circunstancia atenuante prevista en el artículo 22, primer párrafo, Código Penal, para los sujetos activos que tienen una edad de entre 18 y 21 años.</p> <p>Por su lado, el principio de proporcionalidad de la pena exige a los poderes públicos (Poder legislativo, Poder judicial y Poder Ejecutivo), como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. El respeto al principio de proporcionalidad no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la República que por expreso mandato constitucional “<i>Sólo están sometidos o lo Constitución y lo ley</i>” (art. 146.1 de la Const.).</p> <p>DÉCIMO QUINTO: De otro lado, el principio de resocialización del penado, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución, exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si bien</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>el precepto constitucional se refiere al régimen penitenciario, sin embargo, no puede pasar desapercibido que también es un mandato dirigido al legislador penal, respecto a la creación de delitos y penas, en especial a las clases de penas y sus magnitudes ya que solo el régimen penitenciario que cuente con penas no discriminatorias podrá alcanzar su fin resocializador. El régimen penitenciario no puede considerarse al margen del sistema penal ni de la actividad legislativa en materia penal, dado que para que haya "reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado", debe haber primero leyes que permitan y promuevan la resocialización. Sin leyes penales compatibles con el fin preventivo especial de la pena, el mandato resocializador sería una quimera. Justamente, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) prescribe:</p> <p><i>"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"</i>, por qué el mandato constitucional referido al régimen penitenciario, deberá ser interpretado sistemáticamente con este precepto convencional a fin de dotarlo de pleno sentido y valor.</p> <p><u>DÉCIMO SEXTO:</u> El principio resocializador se complementa con el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (art. 5.2 de la CADH), que se refiere tanto a la prohibición de penas que en su ejecución pueden ser crueles e</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>inhumanas (v. gr. producto del hacinamiento carcelario, graves condiciones de insalubridad y precariedad alimentaria] como a las penas que en su configuración legislativa, ya sea por su modalidad o por su duración, sean materialmente lo mismo.</p> <p>Los Estados americanos, entre ellos el Perú, al momento de ratificar la CADH se han obligado voluntariamente, no solo a respetar los derechos humanos (art. 1° de la CADH que establece la obligación de respeto), sino a adaptar sus disposiciones internas a los derechos y principios de la CADH. Al respecto, vale recordar que el artículo 2° de la CADH prescribe que: “los <i>Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivas tales derechos y libertades</i>”.</p> <p>DÉCIMO SEPTIMO: El principio de proporcionalidad 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 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</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>realiza en el caso concreto (proporcionalidad concreta) [1]. Si bien la proporcionalidad abstracta es <i>prima facie</i> complementaria a la proporcionalidad concreta, sin embargo, pueden ser contrapuestos en un caso concreto; bien porque el análisis del caso determine la necesidad de imponer una pena menor que la prevista por la ley, o, bien sea conveniente imponer una pena por encima del marco penal establecido en la ley; con la particularidad hermenéutica que esta última posibilidad se encuentra excluida en un Estado Constitucional, por mandato del principio de legalidad penal y el principio pro homine (art. 29. a) de la CADH).</p> <p>Se reconoce que el principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho sancionador, limita el ejercicio adecuado del <i>ius puniendi</i> estatal y refuerza el principio de la proscripción de la arbitrariedad estatal.</p> <p><u>DÉCIMO OCTAVO:</u> Corresponde al legislador diseñar típicamente los comportamientos antijurídicos y la fijación de los marcos penales abstractos estipulados para cada delito en la ley Penal [criminalización primaria], mientras que la labor jurisdiccional se torna significativa y de carácter sumamente delicado, pues sobre ella recae la responsabilidad de la imposición final de la sanción punitiva [criminalización secundaria]. Los Jueces Penales, en sus diversas jerarquías, deben</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

¹ Castillo Alva, José Luis. Principios de derecho Penal Parte general. Gaceta Jurídica. Lima 2002, pp.280.

		<p>orientar su actuación funcional justamente a mantener un equilibrio óptimo entre legalidad, el respeto de los derechos fundamentales y la vigencia de los principios constitucionales, entre Los que se cuenta el principio de proporcionalidad.</p> <p>En este sentido, el conflicto de principios constitucionales se presenta porque, a criterio de este Supremo Tribunal, la pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, fijada por el legislador para proteger la “indemnidad sexual” de la menor agraviada, quien contaba al momento de los hechos con 13 años y veinticinco días de edad, (artículo 173.2 del CP); es sumamente grave y representa en su límite máximo la pena privativa de la libertad temporal más drástica de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe analizarse su aplicación en concordancia con los principios de proporcionalidad y resocialización.</p> <p><u>DÉCIMO NOVENO:</u> Entonces, al haber surgido un conflicto entre r disposiciones legales y principios constitucionales así como principios de rango convencional; éstos serán objeto de ponderación. Si bien es cierto, el legislador al establecer una pena privativa de libertad tan drástica para la protección del bien jurídico “indemnidad sexual”, ha intervenido en la libertad individual del sujeto activo, criminalizando su comportamiento; sin embargo, se debe analizar si existe en el</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>caso concreto una sobre criminalización, que redundaría en una sobreprotección, en cuanto a la pena establecida para dicho bien jurídico, y si se respeta el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.</p> <p><u>VIGÉSIMO:</u> Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la S VIGESIMO: Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia dictada en el Exp. N° 579-2008-PA/TC. LAMBAYEQUE. CESAR AUGUSTO BECERRA LEIVA., ha señalado en el fundamento 25 lo siguiente: " ..En <i>al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de idoneidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".</i></p> <p><u>VIGÉSIMO PRIMERO:</u> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido en su jurisprudencia que un derecho humano puede ser restringido, siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias (sentencia del caso A. M</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre de 2012; PÁRR. 273; F. Y D' A. C. ARGENTINA de 29 de noviembre de 2011; PÁRR. 43) como también ha fijado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención (sentencias de los casos K. C. ARGENTINA, 2 de mayo de 2008, PÁRR. 52; C. G. C. MÉXICO, 6 de agosto del 2008, PÁRR. 175). La reglamentación y limitación de los derechos humanos (v. gr. libertad personal, libertad de expresión, derecho al honor y a la intimidad, entre otros), como cualquier otra restricción de un derecho humano, debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (sentencias de los casos A. M Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre de 2012; PÁRR. 43; M. C. ARGENTINA de 22 de agosto de 2013; PARR. 127; T. D. C. PANAMÁ, sentencia de 27 de enero de 2009: PÁRR. 76). En consecuencia, la falta de cumplimiento de alguno de dichos requisitos implica que la medida es contraria a la Convención (sentencia del caso T.D. C. Panamá, sentencia de 27 de enero de 2009; PÁRR. 76).</p> <p>La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la restricción (de un derecho humano) debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo (sentencia del caso Y. C. NICARAGUA, 23 de junio del 2005, PÁRR. 206). Dicha Corte ha sostenido, además, que entre varias opciones para alcanzar el interés público imperativo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho en cuestión (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, PÁRR.46).</p> <p><u>VIGÉSIMO SEGUNDO:</u> Ahora bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional y analizado el test de proporcionalidad correspondiente; sobre la idoneidad de la tipificación del delito de violación sexual presunta, en agravio de 'menores de 13 años de edad, en el artículo 173°, inciso 2° del Código Penal, y la imposición de pena privativa de libertad para sus autores o partícipes; consideramos que es un medio idóneo para lograr la protección de la indemnidad sexual de los menores involucrados como víctimas. La indemnidad sexual consiste en "la tutela del desarrollo y formación sexual del menor, pero solo de quienes tienen menos de catorce años" (R.N. N° 1915-2013-LIMA del 09 de diciembre del 2014). Al respecto, el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/ CJ-ciento dieciséis, ha señalado que "debe entenderse como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>decidir sobre su actividad sexual; habiéndose establecido que los adolescentes de catorce años de edad sí tienen esa capacidad para autodeterminarse y dirigir sus decisiones en lo relativo a su vida sexual, quedando, por ende, el Estado privado de criminalizar aquellas conductas, en las que una persona adulta mantiene relaciones sexuales voluntarias con menores cuyas edades oscilan entre catorce a dieciocho años”.</p> <p><u>VIGÉSIMO TERCERO:</u> Sin embargo, este Supremo Tribunal estima, respecto al subprincipio de necesidad, que la imposición de 30 a 35 años de pena privativa de libertad a! autor o partícipe de la violación sexual de un menor de 13 años de edad, (la agraviada tenía trece años y veinticinco días de edad), no es un medio necesario o indispensable para lograr la protección efectiva del bien jurídico "indemnidad sexual", por cuanto existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo.</p> <p>En la vida real, no se ha acreditado que la pena de 30 a 35 años de cárcel, pena prevista en el artículo 173.2 del CP, sea una pena necesaria e indispensable para alcanzar el objetivo de proteger el bien jurídico "indemnidad sexual", tanto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de tíase constitucional (art. 200 de la Constitución) como de su fundamento convencional (art. 30 de la CADH).</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>En efecto, si bien es cierto la pena de privación de la libertad individual del sujeto activo, es idónea para proteger el bien jurídico: indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad; sin embargo, la magnitud y dosis de la pena de 30 a 35 años no es necesaria e indispensable para proteger el bien jurídico de manera legítima. Lo que es idóneo en abstracto no siempre es necesario ni proporcional en concreto. En consecuencia la pena draconiana establecida por el tipo penal no supera el subprincipio de necesidad.</p> <p>En este extremo cabe mencionar la ilógica del legislador, cuando al regular la pena para el delito de Homicidio, previsto en el artículo 106° del Código Penal, establece una pena de 6 a 20 años de pena privativa de libertad. Es decir, considera que solo entre 6 y 20 años es necesario privar la libertad de un homicida, para satisfacer el bien jurídico vida que protege dicho tipo penal. Entonces, para proteger otros bienes jurídicos de menor rango que la vida humana, no se explica cómo es que se requiere de una pena mayor.</p> <p><u>VIGÉSIMO CUARTO:</u> En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; si bien es cierto, e! segundó paso del test de proporcionalidad (necesidad)</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>no se cumple"-en el caso concreto, por lo que carecería de objeto analizar el tercer y último paso del mencionado test; sin embargo, consideramos que es importante analizar este extremo por cuanto se trata de establecer, si la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado, de 30 años de pena privativa de libertad, es excesiva y vulneradora de la libertad personal del procesado; y si la pena de 5 años de prisión impuesta por la Sala Penal de Apelaciones, resulta adecuada al hecho punible, de cara al principio de proporcionalidad.</p> <p><u>VIGÉSIMO QUINTO:</u> Ahora bien, para establecer el peso o importancia de los principios constitucionales en conflicto, debe seguirse a la ley <i>de</i> la ponderación; en este sentido decimos "<i>Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a lo dignidad y libertad personal del imputado, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales que persigue la ley, en favor de la indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad</i>".</p> <p><u>VIGÉSIMO SEXTO:</u> Para medir los grados de afectación y los niveles de satisfacción que persigue el artículo 173.2 del Código Penal, hay que valorar las intensidades, estableciendo una escala triádica (Sentencia del Tribunal Constitucional ya acotada, fundamento 31) catalogándose como grave, medio o leve. Cuando es posible establecer, de manera racional, que una medida de restricción de baja o leve intensidad, logra niveles de satisfacción altos o elevados,</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>la conclusión que resulta es que el medio empleado (ley), ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima, desde la perspectiva constitucional (fundamento 34 de la Sentencia citada). Contrario sensu, si la afectación a un derecho fundamental es grave y el nivel de satisfacción que se logra es medio o leve, entonces, la ley no habría pasado dicho test de proporcionalidad.</p> <p><u>VIGÉSIMO SÉPTIMO:</u> En el caso de autos, este Supremo Tribunal considera que la imposición de una pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, que se impondría al procesado V. M (de 19 años de edad) como autor del delito de violación sexual de menores de 13 años y veinticinco días de edad; es una intervención de intensidad grave sobre la dignidad y libertad personal del imputado, como ya se ha anotado; y el nivel de satisfacción que se logra <i>don</i> esta medida, sobre la pro lección del bien jurídico protegido de la menor agraviada; consideramos que es de grado medio. En efecto, las penas elevadas y sumamente drásticas para los casos de acceso carnal con menores de 13 años, que han prestado su consentimiento, no han evitado el incremento de estos hechos delictivos, y no registran eficacia compatible con los fines de la pena en un Estado democrático, como es la prevención general negativa; sobre todo cuanto hay otras medidas menos perjudiciales o gravosas (penas menos graves) que podrían lograr los objetivos constitucionales que persigue la ley (artículo 173.2 del Código Penal).</p> <p><u>VIGÉSIMO OCTAVO:</u> En el mismo sentido, la prohibición de disminuir la pena para los sujetos activos de responsabilidad restringida, como los jóvenes de 18 a 21 años de edad, establecida por el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, tampoco pasa el test de proporcionalidad, por cuanto para proteger el bien jurídico “indemnidad sexual”, no es necesario proscribir la aplicación de esta circunstancia</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>atenuante. La exclusión de la facultad del Juez para poder atenuar la pena en los delitos sexuales: cometidos por jóvenes de responsabilidad restringida, no es idónea ni necesaria para combatir este tipo de delitos. Si ya la aplicación de penas altas constituye un problema acerca de la legitimidad constitucional de las normas penales, en orden a los fines constitucionales de la pena; entonces, la exclusión de la atenuante por imputabilidad disminuida deviene en una medida arbitraria y no resulta idónea para alcanzar el objetivo deseado; lucha eficaz contra la criminalidad y mantener los índices delictivos en límites razonables.</p> <p><u>VIGÉSIMO NOVENO:</u> No hay estudios criminológicos, científicos, psicológicos, o de otro orden técnico, que permitan sostener de ríñã ñera razonable y válida que prohibiendo la atenuación de la pena a los imputados de 19 años de edad, que tuvieron acceso carnal con menores de 13 años (el imputado tenía 19 años); se reducirán los índices de este tipo de delitos. Por el contrario, esta prohibición, fomenta la marginación, la exclusión social y quebranta el principio contenido en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe: “<i>Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social</i>”</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p><i>de los condenados".</i></p> <p>TRIGÉSIMO: De otro lado, la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad que le impuso el Juzgado Penal Colegiado, al imputado V. M, quien contaba con 19 años de edad, por haber mantenido una relación sexual, lograda sin violencia e instrumentalización de la víctima por haber tenido una relación afectiva previa, y cuya diferencia de edades no era significativa; contraviene también el principio de resocialización, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución y el artículo 5.6 de la CADH; por cuanto dada la magnitud y drasticidad de la pena y la prohibición de beneficios penitenciarios, constituye una pena altamente lesiva, que lejos de colaborar en la reintegración social del reo, neutraliza cualquier intento de reincorporar al condenado a la sociedad democrática.</p> <p>TRIGÉSIMO PRIMERO: Por mandato constitucional (art. 139.22) y convencional (art. 5.6) toda pena debe promover la resocialización del reo, tanto en la faceta legislativa, en el campo judicial, como en el ámbito de la ejecución penal. Con ello, no es que se pretenda firmar que el único fin legítimo de la pena sea la resocialización, sino que dicho fin se presenta como un objetivo irrenunciable de la pena, cualquiera que sea su clase, que obliga a todos los poderes públicos y que un Estado Social y Democrático, como el peruano, debe cumplir (art. 43 de la Constitución); en particular, en el diseño de toda política criminal y la configuración de las clases y magnitudes de penas.</p> <p>TRIGÉSIMO SEGUNDO: Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: "la disposición constitucional, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato expreso de actuación dirigido a todos los</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea en el momento de regular las condiciones de ejecución de las penas o en el de establecer el <i>quantum</i> de ellas², y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el <i>quantum de</i> la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese <i>quantum o</i> de las condiciones en las que la pena se ha de cumplir; ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad. De éstas, se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad³”.</p> <p><u>TRIGÉSIMO TERCERO:</u> Por ello, este Supremo Tribunal considera que ninguna pena, sobre todo cuando se trate de penas privativas de la libertad, puede sacrificar y obviar en su aplicación el mandato resocializador, que como principio constitucional y como compromiso convencional obligatorio ha contraído el Perú; hacerlo, no solo supone incurrir en desacato constitucional, sino en desafiar las obligaciones internacionales adquiridas por el Perú al suscribir diversos Tratados de</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

² EXP. N° 7730-2005-PHC/TC; CASO: W.G.I; EXP. N° 7724-2005-PHC/TC; CASO: N.V.C.

³ EXP. N° 803-2003-HC/TC; CASO: P.F.C.R o S.M.Q.

			<p>Derechos Humanos, exponiendo al Estado a una eventual responsabilidad política por violación de derechos humanos.</p> <p>De igual modo, solo en la medida en que se cumpla y respete el principio resocializador, junto a los demás fines de la pena; es posible evitar una violación al principio que prohíbe instaurar en un Estado Constitucional, penas crueles e inhumanas (artículo 5.2 de la CADH) que es una expresión indiscutible del respeto al principio de dignidad de la persona humana, contenida en el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental.</p> <p>PRONUNCIAMIENTO CASATORIO. -</p> <p><u>TRIGÉSIMO CUARTO:</u> La sentencia de vista impugnada arribó a una conclusión condenatoria; esta decisión es incuestionable para este Supremo Tribunal. Ciertamente, se cometió un delito contra la libertad sexual. Rige, en lo particular, el principio de intangibilidad de los hechos, por lo que solo se examinará si el fallo infringe o transgrede la Constitución o la Ley; es decir, a la <i>quaestio iuris</i>⁴, no siendo procesal sustituir en la valoración de la prueba, al Tribunal de Apelación, a efectos de dictar un fallo sustitutivo. El fundamento del fallo impugnado, reside en la protección legal del bien jurídico "<i>indemnidad sexual</i>", entendido como la</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

⁴ San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Lima. 2015, pp.715.

			<p>preservación de la sexualidad de una persona, cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, y que corresponde a los menores de menos de 14 años de edad; a diferencia del bien jurídico “ libertad sexual”, que corresponde a los adolescentes y mayores de edad, que superan los 14 años de edad; los mismos que tienen capacidad jurídica para disponer libremente de susexualidad.</p> <p>TRIGÉSIMO QUINTO: En efecto, la conducta del procesado Geancarlos Vega Mejía, constituye un hecho típico, antijurídico y culpable, por cuanto realizó los elementos objetivos y subjetivos del ilícito imputado; vulnerando la indemnidad sexual de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. Por lo tanto, es correcta su declaración de responsabilidad penal y de condena. No converge, a su favor, la presencia de alguna clase de error -de tipo o de prohibición- fin de negar la imputación subjetiva o la antijuridicidad de su conducta, consolidándose la posición judicial adoptada. En consecuencia, la pretensión impugnativa, debe ser resuelta bajo un esquema adecuado de determinación legal y judicial de la pena. Al respecto, es preciso señalar que la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal - La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho—, como los artículos 45° y 46° del citado código sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas; la primera, denominada DETERMINACIÓN LEGAL”, y la segunda, rotulada como “DETERMINACIÓN JUDICIAL”. En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p><u>TRIGÉSIMO SEXTO:</u> En este tópico, se aplicaría la pena conminada prevista para el delito de Violación Sexual Presunta, que de acuerdo al artículo 173°, numeral 2), del Código Penal - en su formulación vigente en la época de los hechos, según Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis —, Sería no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; sin embargo, al haberse inaplicado dicha norma sustantiva al caso de autos (en cuanto a la pena tasada), acudiremos a la norma general que regula la pena privativa de libertad (artículo 29° del CP), como veremos más adelante. No concordamos, al respecto, con el argumento del Colegiado Superior de acudir a otro tipo penal, como el homicidio simple (artículo 106° del CP), para tener como referencia su marco punitivo (de 6 a 20 años de pena privativa de libertad), por cuanto se vulneraría el principio de legalidad de la pena de cada figura delictiva en particular. No es compatible con la Constitución (art. 2°, inciso 24, literal d) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9°) imponer una pena que corresponde a otro tipo penal, distinto del que fue materia de condena. Finalmente, usar una pena conminada de otro tipo penal distinto de que es materia de la acusación, vulnera el principio de proscripción de la analogía de la ley penal.</p> <p><u>TRIGÉSIMO SÉPTIMO:</u> En esta fase, el Juez competente determinará la pena concreta que en justicia y en derecho le corresponde al infractor de la ley. Se trata de alcanzar la pena justa que debe imponerse al imputado, diferenciándose caso por caso. En cuanto a la dosificación de la pena, es decir, para fijar el quantum; además del marco legal punitivo, se tendrá en cuenta los elementos y factores señalados en el artículo 45° del Código Penal - texto original -, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, y el nivel de su cultura y costumbres -en el caso de autos el acusado tiene de instrucción: segundo año de secundaria, ocupación: ayudante de construcción-. Asimismo, se examinará si</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>existen otras circunstancias atenuantes genéricas o específicas. Una atenuante específica es la responsabilidad restringida que establece el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, que faculta al juzgador aplicar una pena atenuada respecto del que le correspondería a un sujeto activo mayor de 21 años de edad.</p> <p><u>TRIGÉSIMO OCTAVO:</u> En el caso de autos, la Sala Penal de Apelaciones impuso al procesado la pena concreta de 5 años de pena privativa de libertad efectiva, basado en el principio de proporcionalidad de la pena (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal) y la atenuante por responsabilidad restringida; en este último caso, inaplicó la prohibición contenida en el segundo párrafo del referido artículo 22 del Código Penal, que excluye del beneficio a los procesados por delito de violación de la libertad sexual. Para ello se valió de la facultad constitucional de los jueces para ejercer el “control difuso” de las leyes, cuando éstas son incompatibles con la Constitución Política del Estado.</p> <p><u>TRIGÉSIMO NOVENO:</u> El principio constitucional de proporcionalidad concreta y la atenuante por responsabilidad restringida, sirvieron para imponer una pena atenuada, muy por debajo de la pena tasada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal; priorizándose tal principio sobre el de legalidad de la pena, para lo cual realizó el test de proporcionalidad. Al respecto, se evaluaron los tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o [ponderación].</p> <p>Sobre la prohibición de aplicar la atenuante por responsabilidad restringida, prevista en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; efectuaremos el siguiente examen de proporcionalidad:</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>I. EXAMEN DE IDONEIDAD. - Un enunciado normativo siempre conlleva a una finalidad. Tratándose de normas penales, el fin último recae, indudablemente, en la prevención del delito y la protección de bienes jurídicos. La medición de la pena, en un modelo de Estado social y democrático de derecho, debe contemplar, mínimamente, garantías de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. Por esta razón, es necesario preguntarse ¿Es idóneo y hay una relación entre la exclusión del beneficio de reducción punitiva y la finalidad, preventiva de evitar la comisión futura de esta clase de delitos? A tal efecto, es preciso diferenciar dos aspectos relevantes. Uno, es el relativo al marco punitivo que la ley prevé para sancionar esta clase de delitos, respecto del cual, no es posible desconocer su idoneidad en sentido abstracto. Y otro, concierne a la posible aplicación de alguna atenuante excepcional prevista en la ley, siempre que el caso lo amerite.</p> <p>Superado este aspecto, es preciso significar que la experiencia judicial consolidada da cuenta que, aun cuando se hayan incorporado normas sustantivas o procesales que engloben restricciones en cuanto a la aplicación de ciertos beneficios - generalmente enfocados en reducciones punitivas, sin afectar la pena básica del delito -, no siempre se ha logrado persuadir a los agentes delictivos de perpetrar nuevos delitos sexuales. En consecuencia, la medida legislativa de prohibir la aplicación de la atenuante de imputabilidad disminuida, en rigor, no es útil y conducente a la finalidad perseguida, de prevenir delitos mediante la protección de bienes jurídicos. No existe evidencia de que el medio escogido para brindar protección a las víctimas de agresiones sexuales, tuviera una idoneidad y efectividad tal, que justificara la instauración de la medida prohibitiva inequitativa y contraria a los alcances del Principio de igualdad. Por lo tanto, la prohibición de aplicar tal atenuación no necesariamente logra la efectiva protección del bien jurídico tutelado [indemnidad sexual] ni cumple con el fin de la pena, que es prevenir la comisión de delitos.</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>II. EXAMEN DE NECESIDAD. - Sobre el particular, dos aspectos son claves de analizarse bajo este sub principio: i) Si existen medios alternativos igualmente idóneos para cumplir el objetivo de protección a las víctimas de delitos sexuales; y ii) Sitales medios no afectan el principio de igualdad, o de hacerlo, la afectación es de menor intensidad. El ordenamiento jurídico penal, conforme a su diseño, puede utilizar el recurso de las penas para prevenir la comisión de delitos pero dicho empleo - en especial cuando se trata de penas privativas de libertad- debe ser excepcional y utilizarse en los casos absolutamente necesarios.</p> <p>La exigencia de necesidad de la pena, no se limita a preguntar en el caso concreto, a si debe utilizarse la pena privativa de la libertad, sino también a determinar si el quantum o determinada dosis de pena, es necesaria e indispensable para prevenir y evitar la comisión de delitos. La afectación intensa de la libertad personal por parte del legislador, debe estar compensada por la protección efectiva del bien jurídico dentro a los límites necesarios.</p> <p>El empleo de la pena privativa de la libertad en un caso, como el presente, de abuso sexual de una menor de trece años y veinticinco días de edad, se encuentra justificada; empero la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad se revela como absolutamente innecesaria para la protección del bien jurídico: indemnidad sexual. El hecho de que el empleo de dicha pena se presente como necesaria., no quiere decir que la dosis de pena prevista en la ley se presente también como necesaria.</p> <p>III. EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>ESTRICTO. - La idea central de la proporcionalidad es definir el ámbito de influencia de la intervención punitiva del Estado y del derecho a la igualdad de toda persona, que goza de reconocimiento constitucional, por su condición de ser humano. Estamos frente a la colisión de dos principios, que debe ser resuelta mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, orientada a establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo peso en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto⁵. Son dos valores antagónicos, pues, de un lado, se procura la aplicación estricta del principio de legalidad [proscripción de aminoración punitiva], y de otro lado, se vela por el respeto a la dignidad y libertad del imputado. Ambos principios conducen a juicios jurídicos diametralmente contradictorios. Evidentemente, conforme al tratamiento acotado, en el caso de autos, deben prevalecer los intereses concernientes a la dignidad de la persona humana en la determinación de la pena, conteniendo un “peso” esencialmente mayor que aquel interés orientado a preservar a aplicación rigurosa de la ley penal, tanto en su marco abstracto como en el empleo de la aplicación de una atenuante especial. La tesis adquiere relevancia bajo la consideración de un factor adicional: El respeto al principio- derecho de igualdad. El Tribunal Constitucional⁶ ha afirmado que la igualdad detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto al principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto al derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

⁵ Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2008, pp.72.

⁶ STC número 045-2004-PI/TC.

			<p>reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes. Asimismo, es importante la influencia de otros aspectos con la misma solvencia normativa, entre ellos, la reinserción o reincorporación social de los condenados. Justamente, la política criminal ha sido instituida como instrumento de medición para configurar medidas restrictivas a la libertad de los agentes delictivos, siempre enmarcadas en una línea de respeto por la dignidad humana. Este es el pilar sobre el que se funda todo Estado Democrático y Social de Derecho. La delincuencia en cualquiera de sus formas genera donosidad social. El ataque a los diversos bienes jurídicos puede contener diversos grados de intensidad, significándose que no todas las acciones punibles representan una grave afectación. En virtud de ello, en el ámbito de la ponderación de principios, la legalidad, en el caso de autos, no precede a la proporcionalidad, sino a la inversa.</p> <p>CUADRAGÉSIMO: Sobre la responsabilidad restringida por razón de la edad, en los delitos sexuales, este Supremo Tribunal ha emitido jurisprudencia solventando la aplicación de tal reducción punitiva. Es preciso destacar, entre otros, i) La sentencia dictada en el Recurso de Nulidad número 3287 - 2013/CAJAMARCA, de fecha diecisiete de junio de dos mil catorce, donde se señala que la proscripción de tal atenuación, colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica, prevista en el artículo 2o, numeral 2), de la Constitución Política del Estado, toda vez que “(...) el frotamiento especial que implica la denominada "responsabilidad restringida" se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada “capacidad de culpabilidad”, sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que resulta evidente</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato - propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal - fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional (...)" [fundamento jurídico décimo segundo]; y,</p> <p>ii) La sentencia dictada en el Recurso de Casación número 403 - 2012/LAMBAYEQUE, de fecha dieciocho de julio de dos mil trece, que avalando un supuesto tático similar, justificó la reducción punitiva, rebajando la pena impuesta de 30 años a 10 años de pena privativa de libertad, considerando como circunstancias razonables las condiciones personales del agente [incluida su edad: veintiún años), la extracción campesina, educación primaria, ausencia de antecedentes penales, la aceptación de las prácticas sexuales, poniendo de relieve la relación sentimental mantenida con la agraviada, y la extensión mínima del daño o causado; todo lo cual, sirvió de sustento para justificar dicho fallo judicial.</p> <p>CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En este sentido En este sentido, teniendo en consideración la línea jurisprudencial establecida por este Supremo Tribunal, es evidente que en el caso analizado, resulta adecuado, proporcional, y esencialmente igualitario, la aplicación de la circunstancia atenuante de la pena prevista en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal, a todo agente de 18 a 21 años de edad que cometa delito de violación sexual; por lo que la inaplicación de la prohibición contemplada en un segundo párrafo de dicha norma, en la sentencia impugnada, haciendo "control difuso" se encuentra arreglada a la Constitución (artículo 138°); debiendo ser aprobada. A mayor abundamiento, en el Acuerdo Plenario número 04 - 2008/CJ - 116, se establece, de manera expresa, la posibilidad de que los Jueces apliquen control difuso respecto de la prohibición de la responsabilidad restringida, en caso se advierta un tratamiento diferenciado. Es de enfatizar que su aplicación se encuentra recogida como una facultad, mas no tiene un carácter imperativo, según los términos del acotado Acuerdo Plenario, que establece: "Los jueces penales (...) están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la Inaplicación del párrafo segundo del artículo 22°</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>del Código Penal, si estiman que dicha norma Introduce una discriminación - desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente -, que impide un resultado jurídico legítimo” [fundamento jurídico décimo primero]</p> <p>CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Es importante precisar que el "control difuso" de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22º; primer párrafo, del Código penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2º, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional⁷, ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22º del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado.</p> <p>CUADRAGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis del caso materia del presente recurso, siendo los siguientes:</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

⁷ STC número 751-2010-PHC/TC, de fecha 15 de junio 2010, FJ cuarto.

			<p>A. AUSENCIA DE VIOLENCIA O AMENAZA PARA ACCEDER AL ACTO SEXUAL.</p> <p>De acuerdo a la sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista, en las relaciones sexuales entre el sentenciado y la agraviada medió consentimiento; sin uso de violencia ni amenaza para doblegar la voluntad de la víctima, tampoco hubo engaño. Si bien es cierto, por la edad de la menor agraviada, trece años y veinticinco días de edad, tal consentimiento resultó irrelevante para negar la atipicidad del hecho; sin embargo, no puede soslayarse que, conforme a la determinación fáctica acotada, en relaciones sexuales no medió violencia física o amenaza. No se trató de un ataque violento al bien jurídico, menos se vejó, maltrató o se dio un trato indigno a la víctima, que hubiera merecido la elevación de la antijuridicidad de la conducta.</p> <p>PROXIMIDAD DE LA EDAD DEL SUJETO PASIVO A LOS</p> <p>CATORCE AÑOS. La menor agraviada, en la fecha en que tuvo acceso carnal con el procesado, tenía trece años y veinticinco días de edad, y, ya había tenido una relación sexual anterior con el mismo imputado, la cual, según indica, fue con su "consentimiento". No se discute en este proceso la protección legislativa a la "indemnidad sexual". Únicamente se destaca un dato de la realidad en el caso analizado. La proximidad a la edad de catorce</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena, por cuanto linda con el consentimiento válido del sujeto pasivo, que se produce a partir de los catorce años de edad. Por lo tanto, no es racional la pretensión de sancionar a un agente que haya tenido relaciones sexuales con una menor de edad cercana a los catorce años, con una pena mínima severa de treinta años de prisión, sin la posibilidad de atenuar dicha sanción. De haber tenido la agraviada 14 años de edad, el imputado habría sido absuelto. En este extremo, resulta trascendente citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante sentencia número 00008 - 2012 - PI/TC, del doce de diciembre de dos mil doce, declarando la inconstitucionalidad del numeral 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, del trece de marzo de dos mil seis, por considerar, entre otros fundamentos, que dicho precepto legal "(...) <i>ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución</i>" - fundamento jurídico quincuagésimo primero -. Está claro que, en clave constitucional, se ha reconocido la prerrogativa de disponer libremente de su sexualidad a aquellos menores cuyas edades fluctúan entre los catorce y dieciocho años. La determinación del rango etario de disposición sexual estuvo justificado a</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>partir de criterios ponderativos, entre el derecho a la indemnidad sexual de los adolescentes - con edades entre catorce y dieciocho años y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habiendo prevalecido este último respecto del primero. En consecuencia, cuanto mayor sea el acercamiento a la edad de los catorce años, la que detentaba la agraviada al momento de los hechos, mayor será la atenuación dela pena, en el caso de sujetos activos con responsabilidad restringida que tengan entre 18 y 21 años de edad.</p> <p>C. AFECTACIÓN PSICOLÓGICA MÍNIMA DE LA VÍCTIMA. -</p> <p>Evidentemente, al existir consentimiento, aun cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual ha generado daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo. En el caso de autos, se destaca la presencia de <i>“indicadores de estresor de tipo sexual”</i>, según el Protocolo de Pericia Psicológica número 001434 -2013 - PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho. A! respecto, en la audiencia de juzgamiento, la perito K. C. R. G ratificó sus conclusiones, e indicó, básicamente, que la agraviada sintió vergüenza cuando relató las circunstancias del acto sexual, precisando que la "ruborización" es uno de los indicadores del estresor sexual. Este indicador, a criterio de este Supremo Tribunal, no reviste gravedad, precisamente porque el acto sexual fue consentido. La atenuación de la pena solo será posible en aquellos casos en que el daño psicológico no se compruebe, o el mismo sea mínimo, o de entidad no relevante. Contrario sensu, en aquellos supuestos en los que la afectación emocional haya revestido características de intensidad suficiente, no resulta posible su ponderación para rebajar lapena.</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>D.DIFERENCIA ETÁREA ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO. Un factor importante, a los efectos de la graduación de la pena, a criterio de este Supremo Tribunal, es la diferencia entre las edades del sujeto activo y el sujeto pasivo. En el caso de autos, la agraviada contaba con trece años y veinticinco días de edad, mientras que el procesado tenía 19 años de edad; existiendo por tanto una diferencia de 6 años. Esto explica la ausencia de una circunstancia de prevalimiento o de abuso de una posición de poder para consumar el acto sexual. En este sentido, cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21 años) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena. En el caso de autos, al haber una cercanía y proximidad entre las edades del autor del hecho y la víctima, máxime si la relación se desarrolló de manera espontánea; no era proporcióna agravar la pena e imponer una condena de 30 años de prisión al imputado, tal como ocurrió con la sentencia de primera instancia.</p> <p>CUADRAGÉSIMO CUARTO: En consecuencia, siendo el artículo 173.2 del Código Penal (en cuanto a la pena conminada) y el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal (en cuanto a la prohibición de atenuantes para el delito de violación sexual), incompatibles con la Constitución, por colisionar con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado, así como con la dignidad del imputado; la inaplicación efectuada por la Sala Penal de Apelaciones, en este caso concreto, se encuentra ajustada a la Constitución, mereciendo ser aprobada; por lo que los agravios formulados por la Fiscal Superior casacionista no son de recibo, máxime si su superior jerárquico (Fiscal Supremo) ha opinado que el control difuso realizado por el Colegiado Superior se encuentra arreglada a la Constitución.</p> <p>CUADRAGÉSIMO QUINTO: Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que, al no aplicarse al</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, nos encontraríamos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por “control difuso”, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29° del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el Juez Penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto. En este extremo, no concordamos con el criterio esgrimido por el Ad quo que, en los de vista, toma como referencia para la graduación de la pena, la pena conminada del delito de revisto y penado en el artículo 106° del Código Penal. No se puede aplicar la pena de este delito por cuanto vulneraría el principio de legalidad de la pena, no solo porque tipifica otro puesto de hecho, distinto del delito de violación sexual de menor edad, sino además porque trasgrede el principio de proscripción la analogía de la ley penal. Entonces, lo más razonable y prudente es acudir a la norma general que regula la pena privativa de libertad, para toda clase de delitos. Este criterio debe tener alcance general por cuanto será una herramienta eficaz para generar seguridad jurídica y preservar los principios constitucionales que garantizan un debido proceso, por lo que constituye doctrina jurisprudencial de carácter vinculante; al igual que los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.</p> <p><u>CUADRAGÉSIMO SEXTO:</u> En cuanto al pedido del Señor Fiscal Supremo, quien en su escrito de fecha 17 de mayo del año en curso, solicita el incremento de la pena impuesta al procesado V.M, de cinco a ocho años de pena privativa de libertad; este Supremo ^ Tribunal considera que los tres años adicionales que solicita el Ministerio Público, en este caso concreto, en nada contribuirá a lograr los objetivos constitucionales que se persigue con las penas drásticas a los autores o partícipes del delito de</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>violación sexual de A adolescentes de 13 años de edad; con mayor razón en el caso del procesado V. M, quien tiene responsabilidad restringida. Un año y días antes de los hechos, este último, hubiera sido inimputable, por lo que con cinco años de prisión efectiva, con ingreso a un Establecimiento Penitenciario, tal como ha sancionado la Sala Penal de Apelaciones, puede lograrse satisfacer la protección de la indemnidad sexual de la agraviada.</p> <p style="text-align: center;"><u>DECISIÓN</u></p> <p>Por estos fundamentos:</p> <p>I. Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE LA TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DEL SANTA, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: i) Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; ii) Modificar la pena impuesta - treinta años -, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra Geancarlos Vega Mejía, como autor de! delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. En consecuencia, NO CASARON la sentenciade</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>vista mencionada, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa.</p> <p>II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, 'cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto de la presente sentencia casatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3°, del Código Procesal Penal.</p> <p>III. EXONERARON a la representante del Ministerio Público del pago de costas procesales en la tramitación del recurso de casación.</p> <p>IV. DISPUSIERON dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el Diario Oficial "El Peruano"; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; y los devolvieron.</p> <p>SS. V.S/R.T/P.H.P/N.F.</p>						
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04, del Distrito Judicial Del Santa - Chimbote.

Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de la validez normativa en la sentencia de la Corte Suprema

LECTURA. El cuadro 1, revela que la **Validez normativa se cumplió** presentándose en la Sentencia de la Corte Suprema. Se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos, toda vez que se tomaron en cuenta en la sentencia casatoria los errores “in procedendo” y/o “in iudicando”, provenientes del recurso de apelación presentada por la defensa de la parte sentenciada, por cuanto se desarrolló la incompatibilidad normativa y el test de proporcionalidad, a fin de determinar la afectación del derecho y si éstos se encontraban transgrediendo la ley.

Cuadro 2: Técnicas de interpretación aplicadas en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 de la Corte Suprema, del Expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04, del Distrito Judicial Del Santa - Chimbote. 2020

Variable	Dimensiones	Sub dimension es	Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de las sub dimensiones			Calificación total de las Técnicas de interpretación		
					Remisión/ Inexistente	Inadecuada	Adecuada	Remisión/ Inexistente	Inadecuada	Adecuada
					[0]	[3]	[5]	[0]	[1-33]	[34-55]
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	CORTE SUPREMA SALA PENAL PERMANENTE DE JUSTICIA CASACIÓN N° 335-2015 DE LA REPUBLICA DEL SANTA	1. Se determinó el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. Si cumple 2. Se determinó el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. Si cumple			X			
		Resultados	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE Sumilla: La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus							

		<p>Medios</p>	<p>tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. De igual modo, la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, también es compatible con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29° del Código Penal. Para la Individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, se tendrán en cuenta, entre otros factores: i) Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal; ii) Proximidad de la edad de la agraviado a los catorce años de edad; iii) Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; y iv) Diferencia etérea entre la víctima y el sujeto activo del delito.</p>	<p>3. Se determinó los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso. Si cumple</p>			X			
<p>SENTENCIA DE CASACIÓN</p>			<p>Lima, primero de junio de dos mil dieciséis.-</p> <p style="text-align: center;">VISTOS; en audiencia privada, elrecurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE LA TERCERA A FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DEL SANTA., contra sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre del dos mil catorce, y resolvió: i) Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de lo atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; ii) Modificar la pena impuesta -- treinta años -, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra G.C.V.M., autor del delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.</p>	<p>4. Se determinó los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. Si cumple</p> <p>5. Se determinó el tipo de motivación aplicado por los magistrados en la sentencia de casación. Si cumple</p>			X			55

			<p>De conformidad, en parte, con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.</p> <p>Interviene como ponente el señor Juez Supremo C.H.P.</p> <p style="text-align: center;"><u>FUNDAMENTOS DE HECHO</u></p> <p>§ ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA</p> <p><u>PRIMERO:</u> El señor Fiscal Provincial Coordinador de la Tercera Fiscalía Penal Corporativa Del Santa, mediante requerimiento de fojas setenta y cuatro, formuló acusación contra G.C.V.M., como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de Violación Sexual de Menor, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., solicitando que se le imponga treinta años de pena privativa de libertad y dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de dicha agraviada.</p> <p><u>SEGUNDO:</u> Realizado el control de acusación - fojas ciento treinta y uno, y ciento treinta y seis del tomo I-, se emitió el auto de enjuiciamiento de fojas ciento treinta y ocho. El inicio del juicio oral se produjo el primero de octubre de dos mil catorce - fojas ciento veinticinco -. Las sesiones plenarias se extendieron hasta el treinta de</p>					X			
--	--	--	---	--	--	--	--	---	--	--	--

		<p>octubre del mismo año - ciento setenta uno -. En la misma fecha, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emitió la sentencia de fojas ciento ochenta y cinco, condenando a G.C.V.M., como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual de Menor de Edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la indicada menor.</p> <p>ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA</p> <p><u>TERCERO:</u> Contra la sentencia condenatoria, el procesado G.C.V.M., interpuso recurso de apelación - fojas doscientos veinte-; el mismo que fue concedido mediante resolución de fojas doscientos veintiséis, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante resolución de fojas doscientos setenta y tres, señaló fecha de audiencia de apelación el día nueve de marzo de dos mil quince. En la fecha indicada se dio inicio a la audiencia - fojas doscientos ochenta y dos-. Compareció el señor Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior del Distrito Fiscal Del Santa, así como el abogado defensor del sentenciado G.C.V.M. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. El primero solicitó que se confirme la sentencia apelada.</p> <p>En tanto, el segundo requirió su revocatoria y consecuente absolución de los hechos inculcados. Los alegatos versaron en dos aspectos medulares:</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>III. Del lado del Fiscal, se enfatizó en la contundencia de la prueba de cargo para justificar la condena, la pena y-la reparación civil impuesta [pretensión acusatoria]; y,</p> <p>IV. Del lado de la defensa, se destacó que la edad de la menor sólo podía acreditarse mediante la partida de nacimiento respectiva; que la agraviada incurrió en diversas contradicciones respecto a las circunstancias en que se produjo la violación; que el encausado no ha sido reconocido como autor del delito y resulta poco probable que el acto sexual se haya producido en el domicilio de este último, y que en la determinación de la pena, no se ha considerado su condición de agente primario, por lo que debió imponérsele una sanción por debajo a'el mínimo legal [pretensión defensiva].</p> <p>CUARTO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, de fecha diecinueve de marzo de dos mil quince, resolvió: i) Inaplicar el mínimo 'y máximo- de la pena conminada [de treinta a treinta y cinco años de pena privativa'-de libertad] prevista en el artículo 173°, inciso 2), del Código Pénale y la prohibición de responsabilidad • restringida estipulada' en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código acotado; ii) Elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso no fuese interpuesto el recurso de casación; iii) Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el procesado G.C.V.M; contra la sentencia ele primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce; iv) Confirmar la referida sentencia en cuanto condenó a G.C.V.M, como autor del delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.; v) Modificar la pena impuesta al condenado, y, reformándola, le impuso la pena de cinco años\ de pena privativa de libertad efectiva; y, vi) Confirmar en el</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>extremo que fija por concepto de reparación civil, la suma de dos mil nuevos soles a favor de la agraviada.</p> <p>QUINTO: Los hechos declarados probados por la Sala Penal Superior, desde la perspectiva jurídica, constituyen tópicos inalterables para este Supremo Tribunal, respecto de los cuales no cabe su impugnación en sede casatoria. En este sentido, de la Sentencia de primera instancia y de la de vista, se desprende lo siguiente:</p> <p>E. Que, el acto sexual en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales C.B.Y.B., se acreditó con el Certificado Médico Legal número 001461 - EIS, de fojas ciento cuarenta y siete, que diagnostica la presencia de; <i>"lesiones traumáticas externas recientes en región genital, himen: desfloración antigua y ano: signos de acto contra natura antiguo con lesiones recientes"</i>.</p> <p>F. Que, el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 — 2013 — PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho, establece que la menor presenta; <i>"personalidad ansiosa tendiente a la extroversión, reacción depresiva, temor, desgano asociado.-al motivo de investigación (...) indicadores de</i></p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p><i>estresor de tipo sexual (sudoración palmar, onicofagia, labilidad, ruborización)".</i></p> <p>G. Que, la edad de la agraviada está debidamente probada con la partida de nacimiento de fojas doscientos cincuenta, según la cual nació el tres de febrero del dos mil, por lo que, a la fecha del evento criminoso (veintisiete de febrero del dos mil trece), tenía trece años y veinticinco días de edad.</p> <p>H. Que, la relación sexual entre la menor individualizada con las iniciales C.B.Y.B. y el acusado Geancarlos Vega Mejía fue «consentida, no habiendo mediado violencia o amenaza. El acusado en referencia, al momento de los hechos, contaba con 19 años de edad.</p> <p>DEL RECURSO DE CASACIÓN. -</p> <p>SEXTO: La señora Fiscal Superior, a fojas trescientos catorce, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, en los extremos que: a) Inaplicó el mínimo y máximo de la pena conminada [de 30 a 35 años de pena privativa de libertad] prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del código acotado; y, b) Modificó la pena de 30 años de pena privativa de libertad, impuesta al acusado Geancarlos Vega Mejía, y reformándola, le impuso 5 años de pena privativa de libertad efectiva. Se invocó como causales del recurso de casación, las previstas en el artículo 429°, numerales</p>						
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--

		<p>1) y 3), del Código Procesal Penal. El Recurso fue concedido por resolución de fojas trescientos sesenta y dos.</p> <p>SÉTIMO: Este Supremo Tribunal mediante Ejecutoria Suprema de fecha 05 de octubre de 2015, obrante a folios 48 en el presente cuadernillo, declaró bien concedido el recurso de casación, solo por la causal prevista en el artículo 429°, numeral 3), de! Código adjetivo acotado, cuyo texto es el siguiente: <i>"Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación"</i>. Mientras que fue declarado inadmisibile por la causa! prevista en el inciso 1°, del artículo 429° del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: <i>"Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías"</i>. En este lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a lo siguiente:</p> <p>D. La inaplicación (falta de aplicación) de la pena conminada prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal;y</p> <p>E. La inaplicación (falta de aplicación) del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, que excluye la responsabilidad restringida de los sujetos activos de 18 a 21 años de edad, en el delito de violación de la libertad sexual.</p> <p>OCTAVO: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación — notificación de fojas cincuenta y tres, en el cuadernillo supremo -, se expidió el</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>decreto de fojas cincuenta y cinco en el presente cuadernillo, señalándose fecha para la audiencia de casación el dieciocho de mayo de dos mil dieciséis. El señor FISCAL SUPREMO EN LO PENAL, mediante escrito de fecha diecisiete de mayo de dos mil dieciséis, presentado un día antes de la audiencia de casación, mostró su conformidad con la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, efectuada por la Sala Penal de Apelaciones Del Santa, aunque exponiendo argumentos distintos, sin embargo, solicitó que la pena se incremente en 3 años, es decir, en vez de 5 se imponga al procesado la pena de 8 años de pena privativa de libertad. El máximo representante del Ministerio Público y titular del ejercicio público de la acción penal, como ente persecutor, sostiene en resumen los siguientes argumentos: i) Que, existen buenas razones para admitir el control difuso efectuado por el Tribunal Superior, siendo admisible, por un lado, la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, y de otro lado, la imposición de una pena por debajo del marco legal para el delito imputado; ii) Que, el consentimiento en la relación sexual sostenida entre un sujeto activo de responsabilidad restringida y un sujeto pasivo que está en edad cercana a adquirir autodeterminación sexual, constituyen circunstancias tácticas constitucionalmente relevantes para influir en el marco sancionatorio que debe aplicarse, debiendo ser uno menor al previsto por la Ley, motivo por el cual, no convergen razones jurídicas</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>para considerar que un agente necesite treinta años de pena privativa de libertad para resocializarse, por haber mantenido una relación sexual con una menor de trece años de edad; iii) Que, la sanción acotada no supera el juicio de necesidad, estimándose que su resocialización como fin de la pena se puede alcanzar con un marco punitivo que restrinja su derecho a la libertad personal de modo más benigno;</p> <p>iv) Que, la sanción de treinta años de privación de libertad anula el bien jurídico [libertad personal] junto al proyecto de vida del imputado, quien es una persona joven que apenas superó el límite de edad para ser considerado imputable penalmente. Asimismo, anota que el delito fue-consumado cuando la menor se encontraba en la última etapa de desarrollo de su capacidad psicofísica para adquirir autodeterminación sexual. Al punto que, de acuerdo a la pericia psicológica practicada, no se revelan reacciones o indicadores de alta gravedad de afectación emocional; v) Que, si bien el consentimiento en la relación sexual, no es relevante para determinar la consumación del tipo penal; si constituye un factor trascendente al momento de la determinación de la sanción penal. Por todas estas consideraciones, estando a que el hecho no reportó circunstancias agravantes, pues, contrariamente a ello, se destaca que el agente tenía la condición de reo primario y por su imputabilidad relativa, corresponde disminuir prudencialmente la pena del marco legal abstracto señalado; considerando que debe aplicársele 8 años de pena</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>privativa de libertad.</p> <p><u>NOVENO:</u> La audiencia de casación se realizó con la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, y culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta.</p> <p>En virtud de lo cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el artículo 431°, numeral 4), del Código Procesal Penal, señalándose para el primero de junio de dos mil dieciséis.</p> <p style="text-align: center;"><u>FUNDAMENTOS DE DERECHO</u></p> <p>CONSIDERACIONES PRELIMINARES</p> <p><u>DÉCIMO:</u> La Fiscalía Superior impugnante considera que la Sentencia de Vista, materia del presente recurso-de casación, que reduce la pena impuesta al procesado G.C.V.M, de 30 años de pena privativa de libertad a 5 años de pena privativa de libertad, vulnera el principio de legalidad, de la pena, por cuanto no aplicó la pena tasada prevista en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, que establece un</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>mínimo de 30 y un máximo de 35 años de pena privativa de la libertad. Asimismo, aplicó la atenuante por responsabilidad restringida prevista en el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, a pesar de que el segundo párrafo del mismo artículo, lo prohíbe para el delito de violación de la libertad sexual; cuestionando el test de proporcionalidad efectuado por el Colegiado Superior, tanto para la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, así como para la graduación de la pena. En este sentido, este Supremo Tribunal analizará si dicha sentencia de vista tiene legitimidad constitucional, en base a las particularidades del caso concreto, para lo cual examinará el test de proporcionalidad realizado por la Sala Penal de Apelaciones.</p> <p><u>DÉCIMO PRIMERO:</u> Es pertinente dejar sentado que el Colegiado Superior, dio por probado el supuesto de hecho (acceso carnal con una menor de 13 años de edad, previsto en el primer párrafo del artículo 173) pero no aplicó la pena privativa de libertad conminada prevista en el artículo 173.2 del Código penal (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 este sentido, la Sala Penal de Apelaciones no se ha apartado del principio de legalidad del hecho típico, por cuanto la conducta desarrollada por el procesado V.M, como es la de haber tenido acceso carnal con la agraviada, sí ha sido subsumida en el primer párrafo del mencionado tipo penal.</p> <p><u>DÉCIMO SEGUNDO:</u> La Sala Penal de Apelaciones que dictó la sentencia de vista impugnada, no aplicó tanto el artículo 173°, inciso 2°, así como el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, que se refieren a la pena aplicable para el</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>supuesto de hecho correspondiente; es decir, se apartó del principio de legalidad de la pena. Dicho Colegiado Superior hizo uso de su facultad constitucional prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, que prescribe; " <i>En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal los jueces prefieren la primera</i>". Es decir, realizando un control de constitucionalidad de las leyes aplicables al caso concreto, consideró que dichos artículos son incompatibles con otros principios y derechos constitucionales, por lo que utilizó lo que en doctrina constitucional se conoce como el "control difuso" de las leyes; no aplicándolas solo en este casoconcreto.</p> <p>DÉCIMO TERCERO: A criterio de este Supremo Tribunal y compartiendo la posición del Colegiado Superior, en efecto, estamos ante la colisión del Principio de Legalidad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado que señala: "<i>Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley</i>" (el resaltado es nuestro), reflejado en el artículo 173°, inciso 2°, y artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; y los Principios de Proporcionalidad, previsto en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución y en el artículo VIII del Código Penal que señala: "<i>La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho</i>" y de resocialización del reo, previsto en el artículo 139°, inciso 22, de la Constitución Política del Estado, así como el principio convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles , inhumanas o degradantes, garantizado en el artículo 5.2 de la Convención - Americana de Derechos Humanos (en adelante-.CADH).</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>DÉCIMO CUARTO: La criminalización del acceso carnal con menores de 13 años de edad, busca proteger el bien jurídico denominado "indemnidad sexual"; considerando el legislador que con una pena de 30 a 35 años de prisión, prevista en el artículo 173.2 del Código Penal (principio de legalidad de la pena) se tutela de manera adecuada dicho bien jurídico; prohibiendo, además, cualquier beneficio procesal de atenuación de dicha pena, por lo que excluyó la circunstancia atenuante prevista en el artículo 22, primer párrafo, código Penal, para los sujetos activos que tienen una edad de entre 18 y 21 años.</p> <p>Por su lado, el principio de proporcionalidad de la pena exige a los poderes públicos (Poder legislativo, Poder judicial y Poder Ejecutivo), como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. El respeto al principio de proporcionalidad no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la República que por expreso mandato constitucional "<i>Sólo están sometidos a la Constitución y a la ley</i>" (art. 146.1 de la Const.).</p> <p>DÉCIMO QUINTO: De otro lado, el principio de resocialización del penado, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución, exige que las penas se orienten</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si bien el precepto constitucional se refiere al régimen penitenciario, sin embargo, no puede pasar desapercibido que también es un mandato dirigido al legislador penal, respecto a la creación de delitos y penas, ¿en especial a las clases de penas y sus magnitudes 'ya que solo el régimen penitenciario que cuente con penas no de socializadoras podrá alcanzar su fin resocializador. El régimen penitenciario no puede considerarse al margen del sistema penal ni de la actividad legislativa en materia penal, dado que para que haya "reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado", debe haber primero leyes que permitan y promuevan la resocialización. Sin leyes penales compatibles con el fin preventivo especial de la pena, el mandato resocializador sería una quimera. Justamente, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) prescribe:</p> <p><i>"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"</i>, por qué el mandato constitucional referido al régimen penitenciario, deberá ser interpretado sistemáticamente con este precepto convencional a fin de dotarlo de pleno sentido y valor.</p> <p><u>DÉCIMO SEXTO:</u> El principio resocializador se complementa con el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (art. 5.2 de la CADH), que</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>se refiere tanto a la prohibición de penas que en su ejecución pueden ser crueles e inhumanas (v. gr. producto del hacinamiento carcelario, graves condiciones de insalubridad y precariedad alimentaria] como a las penas que en su configuración legislativa, ya sea por su modalidad o por su duración, sean materialmente lo mismo.</p> <p>Los Estados americanos, entre ellos el Perú, al momento de ratificar la CADH se han obligado voluntariamente, no solo a respetar los derechos humanos (art. 1º de la CADH que establece la obligación de respeto), sino a adaptar sus disposiciones internas a los derechos y principios de la CADH. Al respecto, vale recordar que el artículo 2º de la CADH prescribe que: “los <i>Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivas tales derechos y libertades</i>”.</p> <p>DÉCIMO SEPTIMO: El principio de proporcionalidad 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 implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>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) [8]. Si bien la proporcionalidad abstracta es <i>prima facie</i> complementaria a la proporcionalidad concreta, sin embargo, pueden ser contrapuestos en un caso concreto; bien porque el análisis del caso determine la necesidad de imponer una pena menor que la prevista por la ley, o, bien sea conveniente imponer una pena por encima del marco penal establecido en la ley; con la particularidad hermenéutica que esta última posibilidad se encuentra excluida en un Estado Constitucional, por mandato del principio de legalidad penal y el principio pro homine (art. 29. a) de la CADH).</p> <p>Se reconoce que el principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho sancionador, limita el ejercicio adecuado del <i>ius puniendi</i> estatal y refuerza el principio de la proscripción de la arbitrariedad estatal.</p> <p>DÉCIMO OCTAVO: Corresponde al legislador diseñar típicamente los comportamientos antijurídicos y la fijación de los marcos penales abstractos estipulados para cada delito en la ley Penal [criminalización primaria], mientras que la labor jurisdiccional se torna significativa y de carácter sumamente delicado, pues</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

⁸ Castillo Alva, José Luis. Principios de derecho Penal Parte general. Gaceta Jurídica. Lima 2002, pp.280.

		<p>sobre ella recae la responsabilidad de la imposición final de la sanción punitiva [criminalización secundaria]. Los Jueces Penales, en sus diversas jerarquías, deben orientar su actuación funcional justamente a mantener un equilibrio óptimo entre legalidad, el respeto de los derechos fundamentales y la vigencia de los principios constitucionales, entre Los que se cuenta el principio de proporcionalidad.</p> <p>En este sentido, el conflicto de principios constitucionales se presenta porque, a criterio de este Supremo Tribunal, la pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, fijada por el legislador para proteger la “indemnidad sexual” de la menor agraviada, quien contaba al momento de los hechos con 13 años y veinticinco días de edad, (artículo 173.2 del CP); es sumamente grave y representa en su límite máximo la pena privativa de la libertad temporal más drástica de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe analizarse su aplicación en concordancia con los principios de proporcionalidad y resocialización.</p> <p><u>DÉCIMO NOVENO:</u> Entonces, al haber surgido un conflicto entre , disposiciones legales y principios constitucionales así como principios de rango convencional; éstos serán objeto de ponderación. Si bien es cierto, el legislador al establecer una pena privativa de libertad tan drástica para la protección del bien jurídico</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>“indemnidad sexual”, ha intervenido en la libertad individual del sujeto activo, criminalizando su comportamiento; sin embargo, se debe analizar si existe en el caso concreto una sobre criminalización, que redunde en una sobreprotección, en cuanto a la pena establecida para dicho bien jurídico, y si se respeta el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.</p> <p>VIGÉSIMO: Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la S VIGESIMO: Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia dictada en el Exp. N° 579-2008-PA/TC. LAMBAYEQUE. CESAR AUGUSTO BECERRA LEIVA., ha señalado en el fundamento 25 lo siguiente: " ..En <i>al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de idoneidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.</i></p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>VIGÉSIMO PRIMERO: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido en su jurisprudencia que un derecho humano puede ser restringido, siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias (sentencia del caso A. M Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre de 2012; PÁRR. 273; F. Y D'A. C. ARGENTINA de 29 de noviembre de 2011; PÁRR. 43) como también ha fijado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención (sentencias de los casos K. C. ARGENTINA, 2 de mayo de 2008, PÁRR. 52; C. G. C. MÉXICO, de agosto del 2008, PÁRR. 175). La reglamentación y limitación de los derechos humanos (v. gr. libertad personal, libertad de expresión, derecho al honor y a la intimidad, entre otros), como cualquier otra restricción de un derecho humano, debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (sentencias de los casos A. M Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre de 2012; PÁRR. 43; M. C. ARGENTINA de 22 de agosto de 2013; PARR. 127; T. D. C. PANAMÁ, sentencia de 27 de enero de 2009: PÁRR. 76). En consecuencia, la falta de cumplimiento de alguno de dichos requisitos implica que la medida es contraria a la Convención (sentencia del caso T.D. C. Panamá, sentencia de 27 de enero de 2009; PÁRR. 76).</p> <p>La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la restricción (de un derecho humano) debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo (sentencia del caso Y. C. NICARAGUA, 23 de junio del 2005, PÁRR.</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>206). Dicha Corte ha sostenido, además, que entre varias opciones para alcanzar el interés público imperativo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho en cuestión (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, PÁRR. 46).</p> <p><u>VIGÉSIMO SEGUNDO:</u> Ahora bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional y analizado el test de proporcionalidad correspondiente; sobre la idoneidad de la tipificación del delito de violación sexual presunta, en agravio de menores de 13 años de edad, en el artículo 173°, inciso 2° del Código Penal, y la imposición de pena privativa de libertad para sus autores o partícipes; consideramos que es un medio idóneo para lograr la protección de la indemnidad sexual de los menores involucrados como víctimas. La indemnidad sexual consiste en "la tutela del desarrollo y formación sexual del menor, pero solo de quienes tienen menos de catorce años" (R.N. N° 1915-2013-LIMA del 09 de</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>diciembre del 2014). Al respecto, el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/ CJ-ciento dieciséis, ha señalado que "debe entenderse como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual; habiéndose establecido que los adolescentes de catorce años de edad sí tienen esa capacidad para autodeterminarse y dirigir sus decisiones en lo relativo a su vida sexual, quedando, por ende, el Estado privado de criminalizar aquellas conductas, en las que una persona adulta mantiene relaciones sexuales voluntarias con menores cuyas edades oscilan entre catorce a dieciocho años".</p> <p><u>VIGÉSIMO TERCERO:</u> Sin embargo, este Supremo Tribunal estima, respecto al subprincipio de necesidad, que la imposición de 30 a 35 años de pena privativa de libertad a! autor o partícipe de la violación sexual de un menor de 13 años de edad, (la agraviada tenía trece años y veinticinco días de edad), no es un medio necesario o indispensable para lograr la protección efectiva del bien jurídico "indemnidad sexual", por cuanto existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo. En la vida real, no se ha acreditado que la pena de 30 a 35 años de cárcel, pena prevista en el artículo 173.2 del CP, sea una pena necesaria e indispensable para</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>alcanzar el objetivo de proteger el bien jurídico "indemnidad sexual", tanto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de la constitucional (art. 200 de la Constitución) como de su fundamento convencional (art. 30 de laCADH).</p> <p>En efecto, si bien es cierto la pena de privación de la libertad individual del sujeto activo, es idónea para proteger el bien jurídico: indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad; sin embargo, la magnitud y dosis de la pena de 30 a 35 años no es necesaria e indispensable para proteger el bien jurídico de manera legítima. Lo que es idóneo en abstracto no siempre es necesario ni proporcional en concreto. En consecuencia la pena draconiana establecida por el tipo penal no supera el subprincipio de necesidad.</p> <p>En este extremo cabe mencionar la ilógica del legislador, cuando al regular la pena para el delito de Homicidio, previsto en el artículo 106° del Código Penal, establece una pena de 6 a 20 años de pena privativa de libertad. Es decir, considera que solo entre 6 y 20 años es necesario privar la libertad de un homicida, para satisfacer el bien jurídico vida que protege dicho tipo penal. Entonces, para proteger otros bienes jurídicos de menor rango que la vida humana, no se explica cómo es que se requiere de una pena mayor.</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p><u>VIGÉSIMO CUARTO:</u> En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; si bien es cierto, el segundo paso del test de proporcionalidad (necesidad) no se cumple" en el caso concreto, por lo que carecería de objeto analizar el tercer y último paso del mencionado test; sin embargo, consideramos que es importante analizar este extremo por cuanto se trata de establecer, si la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado, de 30 años de pena privativa de libertad, es excesiva y vulneradora de la libertad personal del procesado; y si la pena de 5 años de prisión impuesta por la Sala Penal de Apelaciones, resulta adecuada al hecho punible, de cara al principio de proporcionalidad.</p> <p><u>VIGÉSIMO QUINTO:</u> Ahora bien, para establecer el peso o importancia de los principios constitucionales en conflicto, debe seguirse a la ley <i>de</i> la ponderación; en este sentido decimos "<i>Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la dignidad y libertad personal del imputado, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales que persigue la ley, en favor de la indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad</i>".</p> <p><u>VIGÉSIMO SEXTO:</u> Para medir los grados de afectación y los niveles de satisfacción que persigue el artículo 173.2 del Código Penal, hay que valorar las</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>intensidades, estableciendo una escala triádica (Sentencia del Tribunal Constitucional ya acotada, fundamento 31) catalogándose como grave, medio o leve. Cuando es posible establecer, de manera racional, que una medida de restricción de baja o leve intensidad logra niveles de satisfacción altos o elevados, la conclusión que resulta es que el medio empleado (ley), ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima, desde la perspectiva constitucional (fundamento 34 de la Sentencia citada). Contrario sensu, si la afectación a un derecho fundamental es grave y el nivel de satisfacción que se logra es medio o leve, entonces, la ley no habría pasado dicho test de proporcionalidad.</p> <p><u>VIGÉSIMO SÉPTIMO:</u> En el caso de autos, este Supremo Tribunal considera que la imposición de una pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, que se impondría al procesado V. M (de 19 años de edad) como autor del delito de violación sexual de menores de 13 años y veinticinco días de edad; es una intervención de intensidad grave sobre la dignidad y libertad personal del imputado, como ya se ha anotado; y el nivel de satisfacción que se logra <i>don</i> esta medida, sobre la pro lección del bien jurídico protegido de la menor agraviada; consideramos que es de grado medio. En efecto, las penas elevadas y sumamente drásticas para los casos de acceso carnal con menores de 13 años, que han prestado su consentimiento, no han evitado el incremento de estos hechos delictivos, y no registran eficacia compatible con los fines de la pena en un Estado democrático, como es la prevención general negativa; sobre todo cuanto hay otras medidas menos perjudiciales o gravosas (penas menos graves) que podrían lograr los objetivos constitucionales que persigue la ley (artículo 173.2 del Código Penal).</p> <p><u>VIGÉSIMO OCTAVO:</u> En el mismo sentido, la prohibición de disminuir la pena para los sujetos activos de responsabilidad restringida, como los jóvenes de 18 a 21</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>años de edad, establecida por el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, tampoco pasa el test de proporcionalidad, por cuanto para proteger el bien jurídico “indemnidad sexual”, no es necesario proscribir la aplicación de esta circunstancia atenuante. La exclusión de la facultad del Juez para poder atenuar la pena en los delitos sexuales: cometidos por jóvenes de responsabilidad restringida, no es idónea ni necesaria para combatir este tipo de delitos. Si ya la aplicación de penas altas constituye un problema acerca de la legitimidad constitucional de las normas penales, en orden a los fines constitucionales de la pena; entonces, la exclusión de la atenuante por imputabilidad disminuida deviene en una medida arbitraria y no resulta idónea para alcanzar el objetivo deseado; lucha eficaz contra la criminalidad y mantener los índices delictivos en límites razonables.</p> <p><u>VIGÉSIMO NOVENO:</u> No hay estudios criminológicos, científicos, psicológicos, o de otro orden técnico, que permitan sostener de manera razonable y válida que prohibiendo la atenuación de la pena a los imputados de 19 años de edad, que tuvieron acceso carnal con menores de 13 años (el imputado tenía 19 años); se reducirán los índices de este tipo de delitos. Por el contrario, esta prohibición, fomenta la marginación, la exclusión social y quebranta el principio contenido en el artículo 5.6 de la</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.</p> <p>TRIGÉSIMO: De otro lado, la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad que le impuso el Juzgado Penal Colegiado, al imputado V. M, quien contaba con 19 años de edad, por haber mantenido una relación sexual, lograda sin violencia e instrumentalización de la víctima por haber tenido una relación afectiva previa, y cuya diferencia de edades no era significativa; contraviene también el principio de resocialización, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución y el artículo 5.6 de la CADH; por cuanto dada la magnitud y drasticidad de la pena y la prohibición de beneficios penitenciarios, constituye una pena altamente lesiva, que lejos de colaborar en la reintegración social del reo, neutraliza cualquier intento de reincorporar al condenado a la sociedad democrática.</p> <p>TRIGÉSIMO PRIMERO: Por mandato constitucional (art. 139.22) y convencional (art. 5.6) toda pena debe promover la resocialización del reo, tanto en la faceta legislativa, en el campo judicial, como en el ámbito de la ejecución penal. Con ello, no es que se pretenda firmar que el único fin legítimo de la pena sea la resocialización, sino que dicho fin se presenta como un objetivo irrenunciable de la pena, cualquiera que sea su clase, que obliga a todos los poderes públicos y que un Estado Social y Democrático, como el peruano, debe cumplir (art. 43 de la Constitución); en particular, en el diseño de toda política criminal y la configuración de las clases y magnitudes de penas.</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>TRIGÉSIMO SEGUNDO: Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: “la disposición constitucional, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato expreso de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea en el momento de regular las condiciones de ejecución de las penas o en el de establecer el <i>quantum</i> de ellas⁹, y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el <i>quantum de</i> la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese <i>quantum o</i> de las condiciones en las que la pena se ha de cumplir; ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad. De éstas, se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad¹⁰”.</p> <p>TRIGÉSIMO TERCERO: Por ello, este Supremo Tribunal considera que ninguna pena, sobre todo cuando se trate de penas privativas de la libertad, puede sacrificar</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

⁹ EXP. N° 7730-2005-PHC/TC; CASO: W.G.I; EXP. N° 7724-2005-PHC/TC; CASO: N.V.C.

¹⁰ EXP. N° 803-2003-HC/TC; CASO: P.F.C.R o S.M.Q.

		<p>y obviar en su aplicación el mandato resocializador, que como principio constitucional y como compromiso convencional obligatorio ha contraído el Perú; hacerlo, no solo supone incurrir en desacato constitucional, sino en desafiar las obligaciones internacionales adquiridas por el Perú al suscribir diversos Tratados de Derechos Humanos, exponiendo al Estado a una eventual responsabilidad política por violación de derechos humanos.</p> <p>De igual modo, solo en la medida en que se cumpla y respete el principio resocializador, junto a los demás fines de la pena; es posible evitar una violación al principio que prohíbe instaurar en un Estado Constitucional, penas crueles e inhumanas (artículo 5.2 de la CADH) que es una expresión indiscutible del respeto al principio de dignidad de la persona humana, contenida en el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental.</p> <p>PRONUNCIAMIENTO CASATORIO. -</p> <p><u>TRIGÉSIMO CUARTO:</u> La sentencia de vista impugnada arribó a una conclusión condenatoria; esta decisión es incuestionable para este Supremo Tribunal.</p> <p>Ciertamente, se cometió un delito contra la libertad sexual. Rige, en lo particular, el principio de intangibilidad de los hechos, por lo que solo se examinará si el fallo</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>infringe o transgrede la Constitución o la Ley; es decir, a la <i>quaestio iuris</i>¹¹, no siendo procesal sustituir en la valoración de la prueba, al Tribunal de Apelación, a efectos de dictar un fallo sustitutivo. El fundamento del fallo impugnado, reside en la protección legal del bien jurídico “<i>indemnidad sexual</i>”, entendido como la preservación de la sexualidad de una persona, cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, y que corresponde a los menores de menos de 14 años de edad; a diferencia del bien jurídico “<i>libertad sexual</i>”, que corresponde a los adolescentes y mayores de edad, que superan los 14 años de edad; los mismos que tienen capacidad jurídica para disponer libremente de su sexualidad.</p> <p>TRIGÉSIMO QUINTO: En efecto, la conducta del procesado Geancarlos Vega Mejía, constituye un hecho típico, antijurídico y culpable, por cuanto realizó los elementos objetivos y subjetivos del ilícito imputado; vulnerando la indemnidad sexual de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. Por lo tanto, es correcta su declaración de responsabilidad penal y de condena. No converge, a su favor, la presencia de alguna clase de error -de tipo o de prohibición- fin de negar la imputación subjetiva o la antijuridicidad de su conducta, consolidándose la posición judicial adoptada. En consecuencia, la pretensión impugnativa, debe ser resuelta bajo un esquema adecuado de determinación legal y judicial de la pena. Al respecto, es preciso señalar que la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal - La pena no puede sobrepasar la</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

¹¹ San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Lima. 2015, pp.715.

		<p>responsabilidad por el hecho—, como los artículos 45° y 46° del citado código sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas; la primera, denominada DETERMINACIÓN LEGAL”, y la segunda, rotulada como “DETERMINACIÓN JUDICIAL”. En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.</p> <p>TRIGÉSIMO SEXTO: En este tópico, se aplicaría la pena conminada prevista para el delito de Violación Sexual Presunta, que de acuerdo al artículo 173°, numeral 2), del Código Penal - en su formulación vigente en la época de los hechos, según Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis —, Sería no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; sin embargo, al haberse inaplicado dicha norma sustantiva al caso de autos (en cuanto a la pena tasada), acudiremos a la norma general que regula la pena privativa de libertad (artículo 29^o del CP), como veremos más adelante. No concordamos, al respecto, con el argumento del Colegiado Superior de acudir a otro tipo penal, como el homicidio simple (artículo 106° del CP), para tener como referencia su marco punitivo (de 0 a 20 años de pena privativa de libertad), por cuanto se vulneraría el principio de legalidad de la pena de cada figura delictiva en particular. No es compatible con la Constitución (art. 2°, inciso 24, literal d) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9°) imponer una pena que corresponde a otro tipo penal, distinto del que fue materia de condena. Finalmente, usar una pena conminada de otro tipo penal distinto de que es materia de la acusación, vulnera el principio de proscripción de la analogía de la ley penal.</p> <p>TRIGÉSIMO SÉPTIMO: En esta fase, el Juez competente determinará la pena</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>concreta que en justicia y en derecho le corresponde al infractor de la ley. Se trata de alcanzar la pena justa que debe imponerse al imputado, diferenciándose caso por caso. En cuanto a la dosificación de la pena, es decir, para fijar el quantum; además del marco legal punitivo, se tendrá en cuenta los elementos y factores señalados en el artículo 45° del Código Penal - texto original -, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, y el nivel de su cultura y costumbres -en el caso de autos el acusado tiene de instrucción: segundo año de secundaria, ocupación: ayudante de construcción-. Asimismo, se examinará si existen otras circunstancias atenuantes genéricas o específicas. Una atenuante específica es la responsabilidad restringida que establece el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, que faculta al juzgador aplicar una pena atenuada respecto del que le correspondería a un sujeto activo mayor de 21 años de edad.</p> <p><u>TRIGÉSIMO OCTAVO:</u> En el caso de autos, la Sala Penal de Apelaciones impuso al procesado la pena concreta de 5 años de pena privativa de libertad efectiva, basado en el principio de proporcionalidad de la pena (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal) y la atenuante por responsabilidad restringida; en este último caso, inaplicó la prohibición contenida en el segundo párrafo del referido artículo 22 del Código Penal, que excluye del beneficio a los procesados por delito de violación de la libertad sexual. Para ello se valió de la facultad constitucional de los jueces para ejercer el “control difuso” de las leyes, cuando éstas son incompatibles con la Constitución Política del Estado.</p> <p><u>TRIGÉSIMO NOVENO:</u> El principio constitucional de proporcionalidad concreta y la atenuante por responsabilidad restringida, sirvieron para imponer una pena atenuada, muy por debajo de la pena tasada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal; priorizándose tal principio sobre el de legalidad de la pena, para lo cual realizó el test de proporcionalidad. Al respecto, se evaluaron los tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto [ponderación].</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>Sobre la prohibición de aplicar la atenuante por responsabilidad restringida, prevista en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; efectuaremos el siguiente examen de proporcionalidad:</p> <p>IV. EXAMEN DE IDONEIDAD. - Un enunciado normativo siempre conlleva a una finalidad. Tratándose de normas penales, el fin último recae, indudablemente, en la prevención del delito y la protección de bienes jurídicos. La medición de la pena, en un modelo de Estado social y democrático de derecho, debe contemplar, mínimamente, garantías de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. Por esta razón, es necesario preguntarse ¿Es idóneo y hay una relación entre la exclusión del beneficio de reducción punitiva y la finalidad, preventiva de evitar la comisión futura de esta clase de delitos? A tal efecto, es preciso diferenciar dos aspectos relevantes. Uno, es el relativo al marco punitivo que la ley prevé para sancionar esta clase de delitos, respecto del cual, no es posible desconocer su idoneidad en sentido abstracto. Y otro, concerniente a la posible aplicación de alguna atenuante excepcional prevista en la ley, siempre que el caso lo amerite.</p> <p>Superado este aspecto, es preciso significar que la experiencia judicial consolidada da cuenta que, aun cuando se hayan incorporado normas sustantivas o procesales que engloben restricciones en cuanto a la aplicación de ciertos beneficios - generalmente enfocados en reducciones punitivas, sin afectar la pena básica del delito -, no siempre se ha logrado persuadir a los agentes delictivos de perpetrar nuevos delitos sexuales. En consecuencia, la medida legislativa de prohibir la aplicación de la atenuante de imputabilidad disminuida, en rigor, no es útil y conducente a la finalidad perseguida, de prevenir delitos mediante la protección de bienes jurídicos. No existe evidencia de que el medio escogido para brindar protección a las víctimas de agresiones sexuales, tuviera una idoneidad y</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>efectividad tal, que justificara la instauración de la medida prohibitiva inequitativa y contraria a los alcances de! Principio de igualdad. Por lo tanto, la prohibición de aplicar tal atenuación no necesariamente logra la efectiva protección del bien jurídico tutelado [indemnidad sexual] ni cumple con el fin de la pena, que es prevenir la comisión dedelitos.</p> <p>V. EXAMEN DE NECESIDAD. - Sobre el particular, dos aspectos son claves de analizarse bajo este sub principio: i) Si existen medios alternativos igualmente idóneos para cumplir el objetivo de protección a las víctimas de delitos sexuales; y ii) Sitales medios no afectan el principio de igualdad, o de hacerlo, la afectación es de menor intensidad. El ordenamiento jurídico penal, conforme a su diseño, puede utilizar el recurso de las penas para prevenir la comisión de delitos pero dicho empleo - en especial cuando se trata de penas privativas de ¡a libertad- debe ser excepcional y utilizarse en los casos absolutamente necesarios.</p> <p>La exigencia de necesidad de la pena, no se limita a preguntar en el caso concreto, a si debe utilizarse la pena privativa de la libertad, sino también a determinar si el quantum o determinada dosis de pena, es necesaria e indispensable para prevenir y evitar la comisión de delitos. La afectación intensa de la libertad personal por parte del legislador, debe estar compensada por la protección efectiva del bien jurídico dentro a los límites necesarios.</p> <p>El empleo de la pena privativa de la libertad en un caso, como el presente, de abuso sexual de una menor de trece años y veinticinco días de edad, se encuentra justificada; empero la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad se revela como absolutamente innecesaria para la protección del bien jurídico: indemnidad sexual. El hecho de que el empleo de dicha pena se presente como necesaria., no</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>quiere decir que la dosis de pena prevista en la ley se presente también como necesaria.</p> <p>VI. EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO. - La idea central de la proporcionalidad es definir el ámbito de influencia de la intervención punitiva del Estado y del derecho a la igualdad de toda persona, que goza de reconocimiento constitucional, por su condición de ser humano. Estamos frente a la colisión de dos principios, que debe ser resuelta mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, orientada a establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo peso en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto¹². Son dos valores antagónicos, pues, de un lado, se procura la aplicación estricta del principio de legalidad [proscripción de aminoración punitiva], y de otro lado, se vela por el respeto a la dignidad y libertad del imputado. Ambos principios conducen a juicios jurídicos diametralmente contradictorios. Evidentemente, conforme al tratamiento acotado, en el caso de autos, deben prevalecer los intereses concernientes a la dignidad de la persona humana en la determinación de la pena, conteniendo un “peso” esencialmente mayor que aquel interés orientado a preservar a aplicación rigurosa de la ley penal, tanto en su marco abstracto como en el empleo de la aplicación de una atenuante especial. La tesis adquiere relevancia bajo la consideración de un factor adicional: El respeto al principio- derecho de igualdad. El Tribunal Constitucional¹³ ha afirmado que la igualdad detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto al principio, constituye el enunciado de un contenido material</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

¹² Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2008, pp.72.

¹³ STC número 045-2004-PI/TC.

			<p>objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto al derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes. Asimismo, es importante la influencia de otros aspectos con la misma solvencia normativa, entre ellos, la reinserción o reincorporación social de los condenados. Justamente, la política criminal ha sido instituida como instrumento de medición para configurar medidas restrictivas a la libertad de los agentes delictivos, siempre enmarcadas en una línea de respeto por la dignidad humana. Este es el pilar sobre el que se funda todo Estado Democrático y Social de Derecho. La delincuencia en cualquiera de sus formas genera donosidad social. El ataque a los diversos bienes jurídicos puede contener diversos grados de intensidad, significándose que no todas las acciones punibles representan una grave afectación. En virtud de ello, en el ámbito de la ponderación de principios, la legalidad, en el caso de autos, no precede a la proporcionalidad, sino a la inversa.</p> <p>CUADRAGÉSIMO: Sobre la responsabilidad restringida por razón de la edad, en los delitos sexuales, este Supremo Tribunal ha emitido jurisprudencia solventando la aplicación de tal reducción punitiva. Es preciso destacar, entre otros, i) La sentencia dictada en el Recurso de Nulidad número 3287 - 2013/CAJAMARCA, de fecha diecisiete de junio de dos mil catorce, donde se señala que la proscripción</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>tal atenuación, colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica, prevista en el artículo 2o, numeral 2), de la Constitución Política del Estado, toda vez que "(...) el frotamiento especial que implica la denominada "responsabilidad restringida" se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada "capacidad de culpabilidad", sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que resulta evidente introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato - propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal - fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional (...)" [fundamento jurídico décimo segundo]; y,</p> <p>ii) La sentencia dictada en el Recurso de Casación número 403 - 2012/LAMBAYEQUE, de fecha dieciocho de julio de dos mil trece, que avalando un supuesto táctico similar, justificó la reducción punitiva, rebajando la pena impuesta de 30 años a 10 años de pena privativa de libertad, considerando como circunstancias razonables las condiciones personales de! agente [incluida su edad: veintiún años), la extracción campesina, educación primaria, ausencia de antecedentes penales, la aceptación de las prácticas sexuales, poniendo de relieve la relación sentimental mantenida con la agraviada, y la extensión mínima del daño o perjuicio causado; todo lo cual, sirvió de sustento para justificar dicho fallo judicial.</p> <p><u>CUADRAGÉSIMO PRIMERO:</u> En este sentido En este sentido, teniendo en consideración la línea jurisprudencial establecida por este Supremo Tribunal, es evidente que en el caso analizado, resulta adecuado, proporcional, y esencialmente igualitario, la aplicación de la circunstancia atenuante de la pena prevista en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal, a todo agente de 18 a 21 años de edad que cometa delito de violación sexual; por lo que la inaplicación de la prohibición contemplada en el segundo párrafo de dicha norma, en la sentencia impugnada, haciendo "control difuso" se encuentra arreglada a la Constitución (artículo 138°); debiendo ser aprobada. A mayor abundamiento, en el Acuerdo Plenario número 04 - 2C08/CJ - 116, se establece, de manera expresa, la posibilidad</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>de que los Jueces apliquen control difuso respecto de la prohibición de la responsabilidad restringida, en caso se advierta un tratamiento diferenciado. Es de enfatizar que su aplicación se encuentra recogida como una facultad, mas no tiene un carácter imperativo, según los términos del acotado Acuerdo Plenario, que establece: "Los jueces penales (...) están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la Inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma Introduce una discriminación - desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente -, que impide un resultado jurídico legítimo" [fundamento jurídico décimo primero]</p> <p><u>CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:</u> Es importante precisar que el "control difuso" de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual, ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22°; primer párrafo, del Código penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2º, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional¹⁴, ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado.</p> <p><u>CUADRAGÉSIMO TERCERO:</u> Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

¹⁴ STC número 751-2010-PHC/TC, de fecha 15 de junio 2010, FJ cuarto.

		<p>un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis del caso materia del presente recurso, siendo los siguientes:</p> <p>A. AUSENCIA DE VIOLENCIA O AMENAZA PARA ACCEDER AL ACTO SEXUAL.</p> <p>De acuerdo a la sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista, en las relaciones sexuales entre el sentenciado y la agraviada medió consentimiento; sin uso de violencia ni amenaza para doblegar la voluntad de la víctima, tampoco hubo engaño. Si bien es cierto, por la edad de la menor agraviada, trece años y veinticinco días de edad, tal consentimiento resultó irrelevante para negar la atipicidad del hecho; sin embargo, no puede soslayarse que, conforme a la determinación fáctica acotada, en relaciones sexuales no medió violencia física o amenaza. No se trató de un ataque violento al bien jurídico, menos se vejó, maltrató o se dio un trato indigno a la víctima, que hubiera merecido la elevación de la antijuridicidad de la conducta.</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>F. PROXIMIDAD DE LA EDAD DEL SUJETO PASIVO A LOS CATORCE AÑOS. La menor agraviada, en la fecha en que tuvo acceso carnal con el procesado, tenía trece años y veinticinco días de edad, y, ya había tenido una relación sexual anterior con el mismo imputado, la cual, según indica, fue con su “consentimiento”. No se discute en este proceso la protección legislativa a la “indemnidad sexual”. Únicamente se destaca un dato de la realidad en el caso analizado. La proximidad a la edad de catorce años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena, por cuanto linda con el consentimiento válido del sujeto pasivo, que se produce a partir de los catorce años de edad. Por lo tanto, no es racional la pretensión de sancionar a un agente que haya tenido relaciones sexuales con una menor de edad cercana a los catorce años, con una pena mínima severa de treinta años de prisión, sin la posibilidad de atenuar dicha sanción. De haber tenido la agraviada 14 años de edad, el imputado habría sido absuelto. En este extremo, resulta trascendente citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante sentencia número 00008 - 2012 - PI/TC, del doce de diciembre de dos mil doce, declarando la inconstitucionalidad del numeral 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, del trece de marzo de dos mil seis, por considerar, entre otros fundamentos, que dicho precepto legal “(...) <i>ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución</i>” - fundamento jurídico quincuagésimo primero -. Está claro que, en clave constitucional, se ha reconocido la prerrogativa de disponer libremente de su sexualidad a aquellos menores cuyas edades fluctúan entre los catorce y dieciocho años. La determinación del rango etario de disposición sexual estuvo justificado a partir de criterios ponderativos, entre el derecho a la indemnidad sexual de los adolescentes - con edades entre catorce y dieciocho años y el</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>derecho al libre desarrollo de la personalidad, habiendo prevalecido este último respecto del primero. En consecuencia, cuanto mayor sea el acercamiento a la edad de los catorce años, la que detentaba la agraviada al momento de los hechos, mayor será la atenuación de-la pena, en el caso de sujetos activos con responsabilidad restringida que tengan entre 18 y 21 años de edad.</p> <p>CA.FECTACIÓN PSICOLÓGICA MÍNIMA DE LA VÍCTIMA. - Evidentemente, al existir consentimiento, aun cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual ha generado daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo. En el caso de autos, se destaca la presencia de <i>“indicadores de estresor de tipo sexual”</i>, según el Protocolo de Pericia Psicológica número 001434 -2013 - PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho. A! respecto, en la audiencia de juzgamiento, la perito K. C. R. G ratificó sus conclusiones, e indicó, básicamente, que la agraviada sintió vergüenza cuando relató las circunstancias del acto sexual, precisando que la "ruborización" es uno de los indicadores del estresor sexual. Este indicador, a criterio de este Supremo Tribunal, no reviste gravedad, precisamente porque el acto sexual fue consentido. La atenuación de la pena solo será posible en aquellos casos en que el daño psicológico no se compruebe, o el mismo sea mínimo, o de entidad no relevante. Contrario sensu, en aquellos supuestos en los que la afectación emocional haya revestido características de intensidad suficiente, no resulta posible su ponderación para rebajar la pena.</p> <p>.DIFERENCIA ETÁREA ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO. Un factor importante, a los efectos de la graduación de la pena, a criterio de este Supremo Tribunal, es la diferencia entre las edades del sujeto activo y el sujeto pasivo. En el caso de autos, la agraviada contaba con trece años y veinticinco días de edad, mientras que el procesado tenía 19 años de edad; existiendo por tanto una</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>diferencia de 6 años. Esto explica la ausencia de una circunstancia de prevalimiento o de abuso de una posición de poder para consumir el acto sexual. En este sentido, cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21 años) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena. En el caso de autos, al haber una cercanía y proximidad entre las edades del autor del hecho y la víctima, máxime si la relación se desarrolló de manera espontánea; no era proporcional agravar la pena e imponer una condena de 30 años de prisión al imputado, tal como ocurrió con la sentencia de primera instancia.</p> <p><u>CUADRAGÉSIMO CUARTO:</u> En consecuencia, siendo el artículo 173.2 del Código Penal (en cuanto a la pena conminada) y el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal (en cuanto a la prohibición de atenuantes para el delito de violación sexual), incompatibles con la Constitución, por colisionar con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado, así como con la dignidad del imputado; la inaplicación efectuada por la Sala Penal de Apelaciones, en este caso concreto, se encuentra ajustada a la Constitución, mereciendo ser aprobada; por lo que los agravios formulados por la Fiscal Superior casacionista no son de recibo, máxime si su superior jerárquico (Fiscal Supremo) ha opinado que el control difuso realizado por el Colegiado Superior se encuentra arreglada a la Constitución.</p> <p><u>CUADRAGÉSIMO QUINTO:</u> Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que, al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal,</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>nos encontraríamos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por "control difuso", la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29° del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el Juez Penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto. En este extremo, no concordamos con el criterio esgrimido por el Ad quo que, en los de vista, toma como referencia para la graduación de la pena, la pena conminada del delito de revisto y penado en el artículo 106° del Código Penal. No se puede aplicar la pena de este delito por cuanto vulneraría el principio de legalidad de la pena, no solo porque tipifica otro puesto de hecho, distinto del delito de violación sexual de menor edad, sino además porque trasgrede el principio de proscripción la analogía de la ley penal. Entonces, lo más razonable y prudente es acudir a la norma general que regula la pena privativa de libertad, para toda clase de delitos. Este criterio debe tener alcance general por cuanto será una herramienta eficaz para generar seguridad jurídica y preservar los principios constitucionales que garantizan un debido proceso, por lo que constituye doctrina jurisprudencial de carácter vinculante; al igual que los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.</p> <p>CUADRAGÉSIMO SEXTO: En cuanto al pedido del Señor Fiscal Supremo, quien en su escrito de fecha 17 de mayo del año en curso, solicita el incremento de la pena impuesta al procesado V.M, de cinco a ocho años de pena privativa de libertad; este Supremo ^ Tribunal considera que los tres años adicionales que solicita el Ministerio Público, en este caso concreto, en nada contribuirá a lograr los objetivos constitucionales que se persigue con las penas drásticas a los autores o partícipes del</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>del delito violación sexual de A adolescentes de 13 años de edad; con mayor razón en el caso del procesado V. M, quien tiene responsabilidad restringida. Un año y días antes de los hechos, este último, hubiera sido inimputable, por lo que con cinco años de prisión efectiva, con ingreso a un Establecimiento Penitenciario, tal como ha sancionado la Sala Penal de Apelaciones, puede lograrse satisfacer la protección de la indemnidad sexual de la agraviada.</p> <p style="text-align: center;"><u>DECISIÓN</u></p> <p>Por estos fundamentos:</p> <p>V. Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE LA TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DEL SANTA, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: i) Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; ii) Modificar la pena impuesta - treinta años -, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra Geancarlos Vega Mejía, como autor del delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. En consecuencia, NO CASARON la sentencia de</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>vista mencionada, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa.</p> <p>VI. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, 'cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto de la presente sentencia casatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3°, del Código Procesal Penal.</p> <p>VII. EXONERARON a la representante del Ministerio Público del pago de costas procesales en la tramitación del recurso de casación.</p> <p>VIII. DISPUSIERON dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el Diario Oficial "El Peruano"; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; y los devolvieron.</p> <p>SS. V.S/R.T/P.P/H.P/N.F.</p>							
	Argumentación			<p>1. Se determinó el error "in procedendo" y/o "in iudicando" para la materialización de la casación. Si cumple</p> <p>2. Se determinó los componentes de la argumentación jurídica. Si cumple</p> <p>3. Se determinó las premisas que motivaron o dieron cuenta de los</p>		X		X		

		Componentes		<p>hechos por los cuales el argumento debió aceptarse. Si cumple</p> <p>4. Se determinó las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debió aceptarse. Si cumple</p> <p>5. Se determinó la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. (Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria) Si cumple</p>			X			
		Sujeto a		<p>6. Se determinó los principios esenciales para la interpretación constitucional. Si cumple</p>		X				

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04, del Distrito Judicial Del Santa-Chimbote.

Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de las técnicas de interpretación en la sentencia de la Corte Suprema

LECTURA. El cuadro 2, revela que la variable en estudio: **técnicas de interpretación** fueron empleadas **adecuadamente** por los magistrados, en el sentido que los magistrados emplearon tanto la interpretación como la argumentación al presentarse el caso sobre incompatibilidad normativa, conforme se ha identificado en la sentencia de segunda instancia, siendo que los magistrados supremos en la sentencia casatoria han interpretado las normas de tipo doctrinal y judicial; jurídica extensiva; y lógica-sistemática; evidenciándose todos los componentes que encierra toda argumentación jurídica.

Cuadro 3: Validez normativa y Técnicas de interpretación aplicadas en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 de la Corte Suprema, del Expediente N° 00375-2013- 83-2501-JR-PE-04, del Distrito Judicial Del Santa - Chimbote. 2020

Variables en estudio	Dimensiones de las variables	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones			Calificación de las dimensiones	Determinación de las variables							
			Nunca	A veces	Siempre		Nunca	A veces	Siempre	Por remisión	Inadecuada	Adecuada		
			(0)	(3)	(5)		[0]	[1-27]	[28-45]	[0]	[1-33]	[34-55]		
Validez normativa	VALIDEZ	Validez formal	1	0	1	15	[13-20]	Siempre	40					
		Validez Material	0	0	2		[1-12]	A veces						
							[0]	Nunca						
	VERIFICACIÓN	Control difuso	0	0	5	25	[16-25]	Siempre						
							[1-15]	A veces						
							[0]	Nunca						
			(0)	(3)	(5)									

Técnicas de interpretación	INTERPRETACIÓN	Sujeto a	0	0	1	25	[16-25]	Adecuada												
		Resultados	0	0	1		[1-15]	Inadecuada												
		Medios	0	0	3		[0]	Por remisión												55
	ARGUMENTACIÓN	Componentes	0	0	5	30	[19-30]	Adecuada												
		Sujeto a	0	0	1		[1-18]	Inadecuada												
							[0]	Por remisión												

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04, del Distrito Judicial Del Santa, Chimbote

Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de la incompatibilidad normativa en la sentencia de la Corte Suprema

LECTURA. El cuadro 3, revela que las variables en estudio: **Validez normativa**, y las **técnicas de interpretación** fueron aplicadas de manera adecuada por parte de los magistrados ante una incompatibilidad normativa, que según el caso en estudio lograron utilizar los criterios, principios y demás normas del derecho, y que, con la verificación normativa a través del test de proporcionalidad, con el fin de determinar la afectación del

derecho y si éstos se encontraban transgrediendo la ley. Haciendo uso para ello de ambas técnicas de interpretación: interpretación como de argumentación jurídica en sus contextos correspondientes.

4.2. Análisis de resultados

Los resultados de la investigación revelaron que la manera en que fueron aplicadas las técnicas de interpretación como la validez normativa en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 de la Corte Suprema, proveniente del Expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04, perteneciente al Distrito Judicial del Santa – Chimbote, fue **adecuada** en cuanto a las técnicas como siempre fue tomada en cuenta la validez normativa, de acuerdo a los indicadores pertinentes, aplicados en el presente estudio (Cuadro 3).

1. VALIDEZ DE LA NORMA JURÍDICA

1.1. VALIDEZ:

1. Se evidenció la selección de normas y principios constitucionales relacionados al caso en estudio, los cuales se encontraron vigentes al momento de los hechos materia del recurso de casación que se desprenden de la misma Constitución, Convención Americana de Derechos Humanos, Sentencia del tribunal Constitucional y Acuerdos Plenarios acordados al caso en estudio. Entre otros, señalados en la Sentencia casatoria.

2. Si bien es cierto que se presentó incompatibilidad normativa entre las normas constitucionales y legales, respecto a la pena en los delitos de violación sexual en menores de edad; sin embargo, ésta fue desarrollada en segunda instancia y si bien fue complementada en la sentencia casatoria, empero, no excluyó otra normativa en relación al análisis de segunda instancia.

3. Se evidenció la selección de normas y principios constitucionales y legales, los cuales fueron adecuados al caso en estudio, cumpliéndose con la validez material: los cuales se desprenden de la misma Constitución como del Código Procesal Penal y Código Penal,

4. Se evidenció la selección de normas y principios constitucionales y legales, los cuales fueron adecuados al caso en estudio, cuyos fundamentos fueron adecuados a las circunstancias del caso.

La pretensión de la parte impugnante –Ministerio Público– en la vista de la causa del recurso de casación: **a)** inaplicación (falta de aplicación) de la pena conminada prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal; **b)** la inaplicación (falta de aplicación)

del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, que excluye la responsabilidad restringida de los sujetos activos de 18 a 21 años de edad, en el delito de violación de la libertad sexual. Asimismo, posterior a esta pretensión, la fiscalía, al momento de exponer sus alegatos, señaló que la pena del sentenciado debería de aumentarse a 3 años, es decir, si en sentencia de vista modificaron la pena a 5 años, en sentencia de casación, debía de imponerse a 8 años de pena privativa de la libertad.

Es por ello que los magistrados fundamentaron cada requerimiento en base al derecho y los hechos, desarrollando el test de proporcionalidad.

1.2. VERIFICACIÓN DE LA NORMA:

1. Se evidenció la causal recaída en la norma procesal penal peruana vigente como penal.
2. Se evidenció el cumplimiento de los requisitos de la interposición del recurso de casación, respecto a la causal regulada en la norma procesal penal.
3. Se desarrolló el test de proporcionalidad, por ende, en cuanto al criterio de Idoneidad que lo conforma, en base a las normas seleccionadas:

- ✓ **EXAMEN DE IDONEIDAD:** Un enunciado normativo siempre conlleva a una finalidad. Tratándose de normas penales, el fin último recae, indudablemente, en la prevención del delito y la protección de bienes jurídicos. La medición de la pena, en un modelo de Estado social y democrático de derecho, debe contemplar, mínimamente, garantías de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. Por esta razón, es necesario preguntarse ¿Es idóneo y hay una relación entre la exclusión del beneficio de reducción punitiva y la finalidad preventiva de evitar la comisión futura de esta clase de delitos? A tal efecto, es preciso diferenciar dos aspectos relevantes. Uno, es el relativo al marco punitivo que la ley prevé para sancionar esta clase de delitos, respecto del cual, no es posible desconocer su idoneidad en sentido abstracto. Y otro, concerniente a la posible aplicación de alguna atenuante excepcional prevista en la ley, siempre que el caso lo amerite. Superado este aspecto, es preciso significar que la experiencia judicial consolidada da cuenta que, aun cuando se hayan incorporado normas sustantivas o procesales que engloben restricciones en cuanto a la aplicación de ciertos beneficios – generalmente enfocados en reducciones

punitivas, sin afectar la pena básica del delito –, no siempre se ha logrado persuadir a los agentes delictivos de perpetrar nuevos delitos sexuales. En consecuencia, la medida legislativa de prohibir la aplicación de la atenuante de imputabilidad disminuida, en rigor, no es útil y conducente a la finalidad perseguida de prevenir delitos mediante la protección de bienes jurídicos. No existe evidencia de que el medio escogido para brindar protección a las víctimas de agresiones sexuales, tuviera una idoneidad y efectividad tal, que justificara la instauración de la medida prohibitiva inequitativa y contraría a los alcances del principio de igualdad. Por lo tanto, la prohibición de aplicar tal atenuación no necesariamente logra la efectiva protección del bien jurídico tutelado (indemnidad sexual) ni cumple con el fin de la pena, que es prevenir la comisión de delitos.

Como se ha transcrito a lo relacionado este parámetro, se puede indicar que el tesista se encuentra de acuerdo con lo sostenido por los magistrados en la sentencia casatoria.

4. Se evidenció el desarrollo del Sub Criterio de Necesidad, para lo cual, se ha transcrito el análisis empleado:

- ✓ **EXAMEN DE NECESIDAD:** sobre el particular, dos aspectos son claves de analizarse bajo este sub principio: i) si existen medios alternativos igualmente idóneos para cumplir el objetivo de protección a las víctimas de delitos sexuales; y ii) si tales medios no afectan el principio de igualdad, o de hacerlo, la afectación es de menor intensidad. El ordenamiento jurídico penal, conforme a su diseño, puede utilizar el recurso de las penas para prevenir la comisión de delitos pero dicho empleo – en especial cuando se trata de penas privativas de la libertad – debe ser excepcional y utilizarse en los casos absolutamente necesarios.

La exigencia de necesidad de la pena, no se limita a preguntar en el caso concreto, a si debe utilizarse la pena privativa de la libertad, sino también a determinar si el quantum o determinada dosis de pena, es necesaria e indispensable para prevenir y evitar la comisión de delitos. La afectación intensa de la libertad personal por parte del legislador, debe estar compensada por la protección efectiva del bien jurídico dentro de los límites necesarios.

El empleo de la pena privativa de la libertad en un caso, como el presente, de abuso sexual de una menor de trece años y veinticinco días de edad, se encuentra justificada; empero la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad se revela como absolutamente innecesaria para la protección del bien jurídico: indemnidad sexual. El hecho de que el empleo de dicha pena se presente como necesaria, no quiere decir que la dosis de pena prevista en la ley se presente también como necesaria.

5. Se evidenció el sub criterio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual, se transcribió para evidenciar los análisis aportados por los magistrados en la sentencia casatoria:

- ✓ **EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO:** la idea central de la proporcionalidad es definir el ámbito de influencia de la intervención punitiva del Estado y del derecho a la igualdad de toda persona, que goza de reconocimiento constitucional, por su condición de ser humano. Estamos frente a la colisión de dos principios, que debe ser resuelta mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, orientada a establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo peso en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto. Son dos valores antagónicos, pues, de un lado, se procura la aplicación estricta del principio de legalidad (proscripción de aminoración punitiva), y de otro lado, se vela por el respeto a la dignidad y libertad del imputado. Ambos principios conducen a juicios jurídicos diametralmente contradictorios. Evidentemente, conforme al tratamiento acotado, en el caso de autos, deben prevalecer los intereses concernientes a la dignidad de la persona humana en la determinación de la pena, conteniendo un “peso” esencialmente mayor que aquél interés orientado a preservar la aplicación rigurosa de la ley penal, tanto en su marco abstracto como en el empleo de la aplicación de una atenuante especial. La tesis adquiere relevancia bajo la consideración de un factor adicional: El respeto al principio de derecho de igualdad. El Tribunal Constitucional ha afirmado que la igualdad detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto al principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo ordenamiento jurídico. En cuanto al

derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (...) o por otras (...) que, jurídicamente, resulten relevantes. Asimismo, es importante la influencia de otros aspectos con la misma solvencia normativa, entre ellos, la reinserción o reincorporación social de los condenados. Justamente, la política criminal ha sido instituida como instrumento de medición para configurar medidas restrictivas a la libertad de los agentes delictivos, siempre enmarcados en una línea de respeto por la dignidad humana. Éste es el pilar sobre el que se funda todo Estado Democrático y Social de Derecho. (...) En virtud de ello, en el ámbito de la ponderación de principios, la legalidad, en el caso de autos, no procede a la proporcionalidad, sino a la inversa.

2. TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN

1.1. Interpretación:

1. Al presentarse el caso sobre incompatibilidad normativa, conforme se ha identificado en la sentencia de segunda instancia, los magistrados en la sentencia casatoria si hicieron interpretación, interpretando las normas de tipo doctrinal y judicial.
2. Se evidenció la interpretación jurídica extensiva, para su posterior argumentación, por lo que Bramont Arias (citado por Torres, 2006) señala que la “Adquiere algún significado cuando sirve para precisar la relación de las normas jurídicas con la libertad civil o los derechos fundamentales de los ciudadanos. Muchas veces una interpretación restrictiva o de limitación del alcance de un precepto favorecerá la expansión de las cuotas de libertad, mientras que su interpretación amplia [extensiva] determinará una reducción de las cuotas de libertad (pp. 42-43)”.
3. Se evidenció la interpretación lógica – sistemática; Reale (citado por Torres, 2006) señala que “son dos aspectos de una misma labor de orden lógico, puesto que las normas jurídicas han de ser consideradas orgánicamente, pues dependen unas de las otras y se exigen mutuamente a través de un nexo que la ratio iuris explica y determina” (p. 566).

4. Se evidenció determinando criterios de interpretación constitucional, la interpretación lógica – sistemática; Reale (citado por Torres, 2006) señala que “son dos aspectos de una misma labor de orden lógico, puesto que las normas jurídicas han de ser consideradas orgánicamente, pues dependen unas de las otras y se exigen mutuamente a través de un nexo que la ratio iuris explica y determina” (p. 566).

2.1. Argumentación:

1. Se desarrolló los errores “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación, en el recurso de apelación presentada por la defensa de la parte sentenciada, en segunda instancia. Del cual, se puede apreciar que se tomaron en cuenta en la sentencia de vista (sentencia de segunda instancia), y en la sentencia casatoria, por cuanto se desarrolló la incompatibilidad normativa y el test de proporcionalidad, a fin de determinar la afectación del derecho y si éstos se encontraban trasgrediendo la ley.

Asimismo, se aprecia en la sentencia casatoria que fundamentaron sus argumentos en base a precedentes vinculantes, a la doctrina, y a la norma.

2. Se evidenció los componentes de la argumentación jurídica: premisas (mayor y menor), inferencias, y conclusión.

3. Se evidenció las premisas: mayor y menor.

A. **PREMISA MAYOR:** Se evidenció la descripción normativa o del derecho, acordes al caso. Entre otros, señalados en la sentencia casatoria.

B. **PREMISA MENOR:** Se evidenció los hechos en que argumentó la fiscalía para la interposición del recurso de casación:

4. Se evidenció la inferencia de tipo encascada, la conclusión de tipo múltiple:

6. Si bien se evidenció la aplicación de principios constitucionales relacionados al caso, empero no se evidenció estos principios: de coherencia normativa; congruencia de las sentencias; de defensa; eficacia integradora de la Constitución; de jerarquía de las normas; de razonabilidad.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

Respecto a la variable: validez normativa.

Si bien es cierto que se presentó incompatibilidad normativa entre las normas constitucionales y legales, respecto a la pena en los delitos de violación sexual en menores de edad; sin embargo, ésta fue desarrollada en segunda instancia y si bien fue complementada en la sentencia casatoria, empero, no excluyó otra normativa en relación al análisis de segunda instancia, la cual fue a través de la aplicación de los criterios de validez normativa como de la verificación, empleando a cabalidad el test de proporcionalidad.

El criterio de Necesidad proveniente del Test de Proporcionalidad aplicado como verificación normativa se cumplió a cabalidad, toda vez que, la exigencia de necesidad de la pena, no se limita a preguntar en el caso concreto, a si debe utilizarse la pena privativa de la libertad, sino también a determinar si el quantum o determinada dosis de pena, es necesaria e indispensable para prevenir y evitar la comisión de delitos. Por lo que el empleo de la pena privativa de la libertad en un caso, como el presente, de abuso sexual de una menor de trece años y veinticinco días de edad, se encuentra justificada; empero la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad se revela como absolutamente innecesaria para la protección del bien jurídico: indemnidad sexual. El hecho de que el empleo de dicha pena se presente como necesaria, no quiere decir que la dosis de pena prevista en la ley se presente también como necesaria.

Respecto a la variable: Técnicas de Interpretación.

Al presentarse el caso sobre incompatibilidad normativa, conforme se ha identificado en la sentencia de segunda instancia, los magistrados en la sentencia casatoria lograron interpretar las normas de tipo doctrinal y judicial; jurídica extensiva, como lógica - sistemática, evidenciando una debida “interpretación del Derecho” y no como “interpretación de la ley”.

Al haberse desarrollado los errores “in procedendo” y/o “in iudicando”, en el recurso de apelación presentada por la defensa de la parte sentenciada, en segunda instancia, del

cual, fueron tomados en cuenta en la sentencia de vista (sentencia de segunda instancia), y en la sentencia casatoria, por cuanto se desarrolló la incompatibilidad normativa y el test de proporcionalidad, a fin de determinar la afectación del derecho y si éstos se encontraban trasgrediendo la ley, conllevó a efectivizarse la materialización de la casación penal.

5.2. Recomendaciones:

En el caso de presentarse incompatibilidad normativa entre las normas constitucionales y legales, respecto a la pena en los delitos de violación sexual en menores de edad, en forma específica; los magistrados deberán de aplicar los criterios de validez normativa como de la verificación, empleando a cabalidad el test de proporcionalidad.

En cuanto a la aplicación del Test de Proporcionalidad como componente de verificación normativa, respecto a la pena en los delitos de violación sexual en menores de edad, deben precisar en cuanto al medio empleado que tenga siempre racionalidad en su aplicación. La exigencia de necesidad de la pena, no se limita a preguntar en el caso concreto, a si debe utilizarse la pena privativa de la libertad, sino también a determinar si el quantum o determinada dosis de pena, es necesaria e indispensable para prevenir y evitar la comisión de delitos. La afectación intensa de la libertad personal por parte del legislador debe estar compensada por la protección efectiva del bien jurídico dentro de los límites necesarios.

En cuanto a la Técnica de la Interpretación, en especial la interpretación adecuadora, como modo de prevención de antinomias, debe de manifestarse siempre con evidencia en las decisiones interpretativas no solo de los jueces constitucionales sino también de los jueces ordinarios.

La Argumentación debe evidenciarse en todo su contexto a través de sus componentes bien dados, en una sentencia casatoria penal como pilar, haciendo hincapié a su propio fundamento que encierra, que es la necesidad de asegurar la unidad del Derecho a nivel interpretativo y de seguridad jurídica y de igualdad de las personas ante la aplicación de la ley.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arce, M. (2010). *El Delito de Violación Sexual*. Análisis Dogmático, Jurídico – Sustantivo y Adjetivo. Lima: Adrus.
- Benavente, H. & Aylas, R. (2010) La casación penal en el Código Procesal Penal del 2004. Manual N° 1. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- 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> (23-06-2018)
- Castillo, J.L. (2002). *Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*. Perú: Gaceta Jurídica.
- Castillo, J.L. (2002). PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL.PARTE GENERAL. Lima-Perú: Gaceta Jurídica.
- Castillo, J. (2004) Interpretación Jurídica. En Castillo, J. Luján, M. & Zavaleta, R. Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. (pp. 97-146)
- Díaz, J. (2014) La Casación Penal. Doctrina y Análisis de las casaciones emitidas por la Corte Suprema. Lima, Perú: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Domínguez, J. B. (2009). Dinámica de Tesis – Guía para preparación y ejecución de proyectos de investigación científica con enfoque multidisciplinario (3ra. Ed.). Chimbote: ULADECH Católica.
- Ezquiaga, F.(2013). *Argumentación e Interpretación*. La motivación de las decisiones judiciales. Colecc. Derecho & Tribunales 2. (2da. edic.). Lima-Perú: Grijley.
- Figuroa, E. (2014). Importancia de la debida motivación: sus implicancias desde la argumentación. En, Figuroa, E. El Derecho a la Debida Motivación. Pronunciamientos del TC sobre la obligación de justificar las decisiones judiciales y administrativas. (pp. 17-22). Lima, Perú: Gaceta Constitucional.

- García, J. (2012). EL TEST DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Lima-Perú: Adrus.
- Gascón, M. (2003). La actividad judicial: problemas interpretativos. En, Gascón, M & García, A. La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación. N° 3. (pp. 93-126). Lima, Perú: Palestra.
- Gascón, M. (2003). Particularidades de la interpretación constitucional. En, Gascón, M & García, A. La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación. N° 3. (pp. 265-299). Lima, Perú: Palestra.
- Haba, E., Atienza, M., Sarlo, O., García, J., Carrión, R. (2014). Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica. Colecc. Pensamiento Jurídico Contemporáneo N° 15. Lima: Palestra-Temis. pp. 34,441.
- Hernández-Sampieri, R., Fernández, C. y Batista, P. (2014). Metodología de la Investigación. (6ta. Ed.). México: Editorial Mc Graw Hill.
- Jurista Editores. (2017). *Código Penal (Normas afines)*. Lima: Jurista Editores.
- Legis.pe. (2016). *Doctrina jurisprudencial vinculante para casos de violación sexual [Casación 335-2015, Del Santa] | Legis.pe.* [online] Disponible en: <https://legis.pe/casacion-n-335-2015-del-santa-doctrina-jurisprudencial-vinculante-para-casos-de-violacion/>.
- Lenise Do Prado, M., Quelopana Del Valle, A., Compean Ortiz, L. y Reséndiz Gonzáles, E. (2008). El diseño en la investigación cualitativa. En: Lenise Do Prado, M., De Souza, M. y Carraro, T. Investigación cualitativa en enfermería: contexto y bases conceptuales. Serie PALTEX Salud y Sociedad 2000 N° 9. (pp.87-100). Washington: Organización Panamericana de la Salud.
- Mazzarese, T. (2010). Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales. Observaciones lógicas y Epistemológicas. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P. Interpretación y Razonamiento Jurídico V.II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho. N° 3. (pp. 231-261). Lima, Perú: Ara.
- Mejía, J. (2004). Sobre la Investigación Cualitativa. Nuevos Conceptos y campos de desarrollo [en línea]. EN, Portal Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos .Recuperado de:

http://www.sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/publicaciones/inv_sociales/N13_2004/a15.pdf (23-06-2018)

Nieves, A. (2018). *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*. Estudio dogmático y jurisprudencial. Perú: A & C Ediciones.

Peña Cabrera Freyre, A.R. (2015). *Los Delitos Sexuales*. Análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico. (2da. Ed.). Lima: Ideas Solución.

Perú. Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Suprema. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSupremaPJ/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_imagen_prensa/AS_servicios_ayuda/as_diccionario/ (25-07-2018)

Perú. Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Suprema. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSupremaPJ/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_imagen_prensa/AS_servicios_ayuda/as_diccionario/ (25-07-2018)

Perú. Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Superior de Justicia. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=S (25-07-2018)

Reátegui, J. (2018). *DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL*. Lima: Ideas Solución.

Rubio Correa, M. (2009). *EL SISTEMA JURÍDICO*. Introducción al Derecho. (10ma edic.). Lima-Perú: Fondo Editorial PUCP.

Rubio Correa, M.(2013). *LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. (3ra. edic.). Lima-Perú: Fondo Editorial PUCP.

Rubio Correa, M. (2015). *MANUAL DE RAZONAMIENTO JURÍDICO*. Pensar, escribir y convencer: un método para abogados. (2da reimpresión). Lima-Perú: Fondo editorial PUCP.

- Rubio Correa, M. & Arce, E. (2017). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Colecc. Lo esencial del Derecho 10. Lima-Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Sánchez Mercado, M.Á. (2011). *El Delito de Violación Sexual de Menor en el Nuevo Proceso Penal*. Estudio y Jurisprudencia. Lima: BLG.
- Segura, J. & Sihuay, L. (2015) *EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL*. Análisis sistemático conforme al Código Procesal Penal de 2004. Lima: Instituto Pacífico.
- Serrano, J. & Solano, J. (2010). “El Nuevo régimen de casación penal: producto de un proceso de flexibilización del recurso”. [en línea]. Tesis para optar el título profesional de Abogado no publicada. Universidad industrial de Santander - Bucaramanga. Colombia. Recuperado de: <http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2010/134744.pdf> (23.06.2018)
- Supo, J. (2012). Seminarios de investigación científica. Tipos de investigación [en línea]. EN, Portal Seminarios de investigación. Recuperado de <http://seminariosdeinvestigacion.com/tipos-de-investigacion/>. (23-06-2018)
- Universidad de Celaya (2011). Manual para la publicación de tesis de la Universidad de Celaya. Centro de Investigación. México. Recuperado de: http://www.udec.edu.mx/i2012/investigacion/manual_Publicacion_Tesis_Agosto_2011.pdf. (03-08-2018)
- Valderrama, S. (s.f.). Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica. Lima, Perú: San Marcos.
- WordReference. (2015). Diccionario de la lengua española / compatibilidad. Copyright. Recuperado de: <http://www.wordreference.com/definicion/compatibilidad> (21-07-2018)
- Zavaleta, R. (2014). *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Colecc. Derecho & Tribunales 6. Lima-Perú: Grijley.

**A
N
E
X
O
S**

ANEXO 1

Cuadro de Operacionalización de las Variables: Validez Normativa y Técnicas de Interpretación provenientes de la Sentencia de la Corte Suprema –Sala Penal Permanente.

OBJETO DE ESTUDIO	VARIABLE	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
SENTENCIA (PARTE CONSIDERATIVA – MOTIVACIÓN DEL DERECHO)	VALIDEZ NORMATIVA	Validez	Validez formal	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma. <i>(Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificaron o comprobaron la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica)</i> 2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. <i>(Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma)</i>
			Validez material	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales, teniendo en cuenta la validez material de la norma. <i>(Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificar su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica)</i> 2. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. <i>(Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante de Ministerio Público)</i>
		Verificación	Control difuso	<ol style="list-style-type: none"> 1. Se determinó la/s causal/es del recurso de casación. [Teniendo en cuenta lo establecido en el Art. 429° del NCPP: A) Inc. 1. Si la sentencia (...) han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías. B) Inc. 2. Si la sentencia (...) incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad. C) Inc. 3. Si la sentencia (...) importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación. D) Inc. 4. Si la sentencia (...) ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor. E) Inc. 5. Si la sentencia (...) se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró] 2. Se determinó el cumplimiento de los requisitos de interposición del recurso de casación. [[Conforme a los Arts. 427° y 430° NCPP] 3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. [Teniendo en cuenta que dicho criterio busca analizar la relación medio medio; es decir, que la decisión que optaron los magistrados debió argumentar cómo es que dicho medio "límite del objetivo propuesto por el legislador" fue compatible o no con la Constitución (objetivo constitucionalmente legítimo)]

			<p>4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (Teniendo en cuenta que dicho criterio busca analizar la relación medio-fin; es decir, que el objetivo que propone el legislador (a través de las leyes) que es compatible con la Constitución (que respeta los derechos fundamentales), tiene racionalidad instrumental del límite (determinación de la norma y/o leyes alcance el objetivo fijado); en tal sentido, la argumentación de los magistrados giró en torno a lo señalado)</p> <p>5. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. (Teniendo en cuenta que dicho sub criterio buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada, y el de la afectación del derecho fundamental; es decir, los magistrados debieron ponderar si todas las medidas fijadas por el legislador para alcanzar el objetivo que fue fijado (objetivo compatible con la Constitución, tiene racionalidad instrumental –vínculo entre medios y fines), entre todas las medidas idóneas examinadas, la medida que se escogió fue la que menos vulneró o sacrificó al derecho fundamental)</p>
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Auténtica, doctrinal y judicial)
		Resultados	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Restrictiva, extensiva, declarativa)
		Medios	<p>1. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso. (Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico)</p> <p>2. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. (Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)</p> <p>3. Determina el tipo de motivación aplicado por los magistrados en la sentencia de casación. (Debiendo especificar el tipo de motivación (aparente, suficiente, etc., y de ser el caso identificar la posible vulneración)</p>
Argumentación	Componentes	<p>1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la nulidad. (Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial)</p> <p>2. Determina los componentes de la argumentación jurídica. (Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión)</p> <p>3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Premisa mayor y premisa menor)</p> <p>4. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Encascada, en paralelo y dual)</p> <p>5. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. (Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria)</p>	

	Sujeto a	<p>1. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. (a) <i>Principio de coherencia normativa;</i> b) <i>Principio de congruencia de las sentencias;</i> c) <i>Principio de culpabilidad;</i> d) <i>Principio de defensa;</i> e) <i>Principio de dignidad de la persona humana;</i> f) <i>Principio de eficacia integradora de la Constitución;</i> g) <i>Principio de interdicción de la arbitrariedad;</i> h) <i>Principio de jerarquía de las normas;</i> i) <i>Principio de legalidad en materia sancionatoria;</i> j) <i>Principio de presunción de inocencia;</i> k) <i>Principio de razonabilidad;</i> m) <i>Principio de tipicidad;</i> n) <i>Principio de debido proceso;</i> o) <i>Principio de non bis inidem;</i> p) <i>Principio prohibitivo de la reformatio in peius;</i> q) <i>Principio de declaración de inconstitucionalidad de ultima ratio;</i> o r) <i>Principio de seguridad jurídica. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales)</i></p>
--	-----------------	--

ANEXO 2

CUADROS DESCRIPTIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN, ORGANIZACIÓN, CALIFICACIÓN DE LOS DATOS Y DETERMINACIÓN DE LAS VARIABLES (EN MATERIA PENAL)

3. CUESTIONES PREVIAS

1. De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), se denomina objeto de estudio a la sentencia de la Corte Suprema.
2. Las variables de estudio son validez normativa y las técnicas de interpretación proveniente de la sentencia de la Corte Suprema.
3. La variable independiente: validez normativa comprende dos dimensiones (validez y verificación).
4. La variable dependiente: técnicas de interpretación comprende dos dimensiones (Interpretación y Argumentación).
5. Cada dimensión de las variables tienen sus respectivas sub dimensiones.

En relación a la variable independiente: validez normativa

5.1. Las sub dimensiones de la dimensión “validez”, son 2: *validez formal* y *validez material*.

5.2. Las sub dimensiones de la dimensión “verificación”, es 1: *control difuso*.

En relación a la variable dependiente: técnicas de interpretación

5.3. Las sub dimensiones de la dimensión Interpretación, son 3: *sujetos*, *resultados* y *medios*.

5.4. Las sub dimensiones de la dimensión Argumentación, es 3: *componentes*, *sujeto* *a*.

6. Que la dimensión “validez” presenta 4 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
7. Que la dimensión “verificación” presenta 5 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
8. Que la dimensión “Interpretación” presenta 5 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.

9. Que la dimensión “Argumentación” presenta 6 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
10. Para asegurar la objetividad de la medición, en cada sub dimensión se ha previsto ciertos parámetros, que son criterios o indicadores de las variables, extraídos indistintamente en base a los contenidos provenientes de los objetivos específicos, los cuales se registran en la lista de cotejo.
11. **De los niveles de calificación:** la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre validez normativa, se califica en 3 niveles que son: por nunca, a veces, siempre, respectivamente.
12. **De los niveles de calificación:** la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre técnicas de interpretación, se califica en 3 niveles que son: por remisión, inadecuada, y adecuada, respectivamente.

13. Calificación:

- 13.1. De los parámetros: el hallazgo o inexistencia de un parámetro, en el texto de la sentencia en estudio, se califica con las expresiones: si cumple y no cumple
- 13.2. De las sub dimensiones: se determina en función al número de parámetros cumplidos.
- 13.3. De las dimensiones: se determinan en función a la manera en que se aplican tanto la validez normativa como las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa.
- 13.4. De las variables: se determina en función a la aplicación de sus dimensiones respectivas.

14. Recomendaciones:

- 14.1. Examinar con exhaustividad: el Cuadro de Operacionalización de la Variable que se identifica como Anexo 1.
- 14.2. Examinar con exhaustividad: el proceso judicial existente en el expediente.
- 14.3. Identificar las instituciones procesales y sustantivas existentes en el proceso judicial proveniente del expediente, incorporarlos en el desarrollo de las bases teóricas del trabajo de investigación, utilizando fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales.
- 14.4. Hacer suyo, sistemáticamente, de los conocimientos y las estrategias previstas que facilitará el análisis de la sentencia de la Corte Suprema, desde el recojo de los datos, hasta la defensa de la tesis.

15. El presente anexo solo describe el procedimiento de recojo y organización de los datos.
16. Los cuadros de presentación de los resultados evidencian su aplicación.

2. PROCEDIMIENTOS PARA RECOGER LOS DATOS DE LOS PARÁMETROS

Para recoger los datos se contrasta la lista de cotejo con el texto de la sentencia de la Corte Suprema; el propósito es identificar cada parámetro en el texto respectivo de la sentencia.

La calificación se realiza conforme al cuadro siguiente:

Cuadro 1
Calificación aplicable a los parámetros

Texto respectivo de la sentencia	Lista de parámetros	Calificación
		Si cumple (cuando en el texto se cumple)
		No cumple (cuando en el texto no se cumple)

Fundamentos:

- ❖ El hallazgo de un parámetro se califica con la expresión : Si cumple
- ❖ La ausencia de un parámetro se califica con la expresión : No cumple

3. PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA DETERMINAR LA MANERA EN QUE SE APLICA LA VALIDEZ NORMATIVA CON RESPECTO A SUS DIMENSIONES:

Cuadro 2
Calificación de la manera de la aplicación en la Validez normativa

Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión	Valor (referencial)	Calificación
Si cumple con la Validez formal	4	[0]

y la Validez material		
Si cumple con el Control difuso	5	[5]

Fundamentos:

- Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.
- Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.
- La aplicación de las técnicas de interpretación en la validez normativa se determina en función al número de indicadores cumplidos.
- *Para todos los casos el hallazgo de ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica: Nunca*

4. PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA DETERMINAR LA MANERA EN QUE SE APLICA LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN CON RESPECTO A SUS DIMENSIONES:

Cuadro 3

Calificación de la manera de la aplicación en las técnicas de interpretación

Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión	Valor (referencial)	Calificación
Si cumple con los Sujetos, Resultados y Medios	5	[0]
Si cumple con los Componentes, Sujeto a, y Argumentos interpretativos.	6	[5]

Fundamentos:

- Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.
- Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.
- La aplicación de las técnicas de interpretación se determina en función al número de indicadores cumplidos.

- Para todos los casos el hallazgo de ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica:
Por remisión

5. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA MANERA EN QUE SE APLICA TANTO LA VALIDEZ NORMATIVA COMO LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA:

Cuadro 4

Calificación aplicable a las variables: Validez normativa y Técnicas de interpretación

Variables	Dimensiones	Sub dimensiones	Calificación			De la dimensión	Rangos de calificación de la dimensión	Calificación total de la dimensión
			De las sub dimensiones					
			Nunca	A veces	Siempre			
			[0]	[3]	[5]			
Validez Normativa	Validez	Validez Formal			X	10	[13 - 20]	10
		Validez Material			X		[1 - 12]	
	Verificación	Control difuso			X	25	[16-25]	
Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Por remisión	Inadecuada	Adecuada			
			[0]	[3]	[5]			
Técnicas de interpretación	Interpretación	Sujetos		X		13	[16 - 25]	32
		Resultados			X		[1 - 15]	
		Medios			X		[0]	

	Argumentación	Componentes		X			[19 - 30]	
		Sujeto a	X			22	[1 - 18] [0]	

Ejemplo: Está indicando que la validez normativa siempre existe en la sentencias emitidas por la Corte Suprema, el cual refleja una calificación de 45; asimismo, se evidencia que en la aplicación de las técnicas de interpretación en dicha sentencia fue inadecuada, lo cual se refleja con una calificación de 35.

Fundamentos:

- De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a la validez normativa, como: la validez, y la verificación.
- De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a las técnicas de interpretación, como: Interpretación y la Argumentación.
- El valor máximo de la calificación corresponderá de acuerdo al hallazgo obtenido de los indicadores.
- Asimismo, para comprender todos los valores probables que surjan al organizar los datos, se establece rangos; éstos a su vez orientan la determinación de la aplicación tanto de la validez normativa como de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa. Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro 4.
- La determinación de los valores y niveles de aplicación tanto de la validez normativa como de las técnicas de interpretación se evidencian en el siguiente texto:

Valores y nivel de aplicación:

A. Validez normativa

[13 - 20] = Cada indicador se multiplica por 5 = Siempre

[1 - 12] = Cada indicador se multiplica por 3 = A veces

[0] = Cada indicador se multiplica por 0 = Nunca

B. Técnicas de interpretación

[22 - 35] = Cada indicador se multiplica por 5 = Adecuada

[1 - 21] = Cada indicador se multiplica por 3 = Inadecuada

[0] = Cada indicador se multiplica por 0 = Por remisión

Nota: Esta información se evidencia en las dos últimas columnas del Cuadro 4.

ANEXO 3
DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO

De acuerdo al contenido y suscripción del presente documento denominado: Declaración de Compromiso ético, manifiesto que al elaborar el presente trabajo de investigación ha permitido tener conocimiento sobre la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, las partes del proceso y demás personas citadas, los cuales se hallan en el texto del proceso judicial sobre delito de Violación Sexual a menor de edad contenido en el expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04, en casación, proveniente del Distrito Judicial Del Santa - Chimbote. Por esta razón declaro bajo juramento, honor a la verdad y libremente que: me abstendré de utilizar términos agraviantes para referirme a la identidad y los hechos conocidos, difundir información orientada a vulnerar los derechos de las personas protagonistas de los hechos y de las decisiones adoptadas, por el contrario guardaré la reserva del caso y al referirme por alguna razón sobre los mismos, mi compromiso ético es expresarme con respeto y con fines netamente académicos y de estudio, caso contrario asumiré exclusivamente mi responsabilidad.

Chimbote, 19 de diciembre de 2020

Neydi Nimia Navarro Saldarriaga

DNI N° 32847156

ANEXO 4

ANEXO N° 1: SENTENCIA MATERIA DE ESTUDIO



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 335 - 2015 DEL
SANTA**

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

Sumilla: La inaplicación de la pena conminada en el tipo pena! previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. De igual modo, la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, también es compatible con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29° del Código Penal. Para la Individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, se tendrán en cuenta, entre otros factores: i) Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal; ii) Proximidad de la edad de la agraviado a los catorce años de edad; iii) Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; y iv) Diferencia etérea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, primero de junio de dos mil dieciséis. -

VISTOS; en audiencia privada, el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE LA TERCERA A FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DEL SANTA., contra sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: i) Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de lo atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; ii) Modificar la pena impuesta -- treinta años -, y reformándola, impuso al acusado la pena

de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra G.C.V.M., autor del delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.

De conformidad, en parte, con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo C.H.P.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO: El señor Fiscal Provincial Coordinador de la Tercera Fiscalía Penal Corporativa Del Santa, mediante requerimiento de fojas setenta y cuatro, formuló acusación contra G.C.V.M., como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de Violación Sexual de Menor, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., solicitando que se le imponga treinta años de pena privativa de libertad y dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de dicha agraviada.

SEGUNDO: Realizado el control de acusación - fojas ciento treinta y uno, y ciento treinta y seis del tomo I-, se emitió el auto de enjuiciamiento de fojas ciento treinta y ocho. El inicio del juicio oral se produjo el primero de octubre de dos mil catorce - fojas ciento veinticinco -. Las sesiones plenarias se extendieron hasta el treinta de octubre del mismo año - ciento setenta uno -. En la misma fecha, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emitió la sentencia de fojas ciento ochenta y cinco, condenando a G.C.V.M., como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual de Menor de Edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la indicada menor.

ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

TERCERO: Contra la sentencia condenatoria, el procesado G.C.V.M., interpuso recurso de apelación - fojas doscientos veinte-; el mismo que fue concedido mediante resolución de

fojas doscientos veintiséis, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante resolución de fojas doscientos setenta y tres, señaló fecha de audiencia de apelación el día nueve de marzo de dos mil quince. En la fecha indicada se dio inicio a la audiencia - fojas doscientos ochenta y dos-. Compareció el señor Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior del Distrito Fiscal Del Santa, así como el abogado defensor del sentenciado G.C.V.M. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. El primero solicitó que se confirme la sentencia apelada. En tanto, el segundo requirió su revocatoria y consecuente absolucón de los hechos incriminados. Los alegatos versaron en dos aspectos medulares:

- V. Del lado del Fiscal, se enfatizó en la contundencia de la prueba de cargo para justificar la condena, la pena y-la reparación civil impuesta [pretensión acusatoria]; y,
- VI. Del lado de la defensa, se destacó que la edad de la menor sólo podía acreditarse mediante la partida de nacimiento respectiva; que la agraviada incurrió en diversas contradicciones respecto a las circunstancias en que se produjo la violación; que el encausado no ha sido reconocido como autor del delito y resulta poco probable que el acto sexual se haya producido en el domicilio de este último, y que en la determinación de la pena, no se ha considerado su condición de agente primario, por lo que debió imponérsele una sanción por debajo del mínimo legal [pretensión defensiva].

CUARTO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, de fecha diecinueve de marzo de dos mil quince, resolvió: i) Inaplicar el mínimo y máximo- de la pena conminada [de treinta a treinta y cinco años de pena privativa'-de libertad] prevista en el artículo 173°, inciso 2), del Código Pénale y la prohibición de responsabilidad • restringida estipulada' en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código acotado; ii) Elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso no fuese interpuesto el recurso de casación; iii) Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el procesado G.C.V.M; contra la sentencia ele primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce; iv) Confirmar la referida sentencia en cuanto condenó a G.C.V.M, como autor del delito contra la libertad

sexual - Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.; v) Modificar la pena impuesta al condenado, y, reformándola, le impuso la pena de cinco años\ de pena privativa de libertad efectiva; y, vi) Confirmar en el extremo que fija por concepto de reparación civil, la suma de dos mil nuevos soles a favor de la agraviada.

QUINTO: Los hechos declarados probados por la Sala Penal Superior, desde la perspectiva jurídica, constituyen tópicos inalterables para este Supremo Tribunal, respecto de los cuales no cabe su -impugnación en sede casatoria. En este sentido, de la Sentencia de primera instancia y de la de vista, se desprende lo siguiente:

- I. Que, el acto sexual en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales C.B.Y.B., se acreditó con el Certificado Médico Legal número 001461 - EIS, de fojas ciento cuarenta y siete, que diagnostica la presencia de; *"lesiones traumáticas externas recientes en región genital, himen: desfloración antigua y ano: signos de acto contra natura antiguo con lesiones recientes"*.
- J. Que, el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 — 2013 — PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho, establece que la menor presenta; *"personalidad ansiosa tendiente a la extroversión, reacción depresiva, temor, desgano asociado. -al motivo de investigación (...) indicadores de estresor de tipo sexual (sudoración palmar, onicofagia, labilidad, ruborización)"*.
- K. Que, la edad de la agraviada está debidamente probada con la partida de nacimiento de fojas doscientos cincuenta, según la cual nació el tres de febrero del dos mil, por lo que, a la fecha del evento criminoso (veintisiete de febrero del dos mil trece), tenía trece años y veinticinco días de edad.
- L. Que, la relación sexual entre la menor individualizada con las iniciales C.B.Y.B. y el acusado Geancarlos Vega Mejía fue consentida, no habiendo mediado violencia o amenaza. El acusado en referencia, al momento de los hechos, contaba con 19 años de edad.

DEL RECURSO DE CASACIÓN. -

SEXTO: La señora Fiscal Superior, a fojas trescientos catorce, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, en los extremos que: a) Inaplicó el mínimo y máximo de la pena conminada [de 30 a 35 años de pena privativa de libertad] prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del código acotado; y, b) Modificó la pena de 30 años de pena privativa de libertad, impuesta al acusado Geancarlos Vega Mejía, y reformándola, le impuso 5 años de pena privativa de libertad efectiva. Se invocó como causales del recurso de casación, las previstas en el artículo 429°, numerales 1) y 3), del Código Procesal Penal. El Recurso fue concedido por resolución de fojas trescientos sesenta y dos.

SÉTIMO: Este Supremo Tribunal mediante Ejecutoria Suprema de fecha 05 de octubre de 2015, obrante a folios 48 en el presente cuadernillo, declaró bien concedido el recurso de casación, solo por la causal prevista en el artículo 429°, numeral 3), del Código adjetivo acotado, cuyo texto es el siguiente: *"Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación"*. Mientras que fue declarado inadmisibile por la causal prevista en el inciso 1°, del artículo 429° del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: *"Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías"*. En este lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a losiguiente:

- G. La inaplicación (falta de aplicación) de la pena conminada prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal; y
- H. La inaplicación (falta de aplicación) del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, que excluye la responsabilidad restringida de los sujetos activos de 18 a 21 años de edad, en el delito de violación de la libertad sexual.

OCTAVO: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación — notificación de fojas cincuenta y tres, en el cuadernillo supremo -, se expidió el decreto de fojas cincuenta y cinco en el presente cuadernillo, señalándose fecha para la audiencia de casación el dieciocho de mayo de dos mil dieciséis. El señor **FISCAL SUPREMO EN LO PENAL**, mediante escrito de fecha diecisiete-de mayo de dos mil dieciséis, presentado un

día antes de la audiencia de casación, mostró su conformidad con la inaplicación- de las normas legales antes mencionadas, efectuada por la Sala Penal de Apelaciones Del Santa, aunque exponiendo argumentos distintos; sin embargo, solicitó que la pena se incremente en 3 años, es decir, en vez de 5 se imponga al procesado la pena de 8 años de pena privativa de libertad. El máximo representante del Ministerio Público y titular del ejercicio público de la acción penal, como ente persecutor, sostiene en resumen los siguientes argumentos: **i)** Que, existen buenas razones para admitir el control difuso efectuado por el Tribunal Superior, siendo admisible, por un lado, la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, y de otro lado, la imposición de una pena por debajo del marco legal para el delito imputado; **ii)** Que, el consentimiento en la relación sexual sostenida entre un sujeto activo de responsabilidad restringida y un sujeto pasivo que está en edad cercana a adquirir autodeterminación sexual, constituyen circunstancias tácticas constitucionalmente relevantes para influir en el marco sancionatorio que debe aplicarse, debiendo ser uno menor al previsto por la Ley, motivo por el cual, no convergen razones jurídicas para considerar que un agente necesite treinta años de pena privativa de libertad para resocializarse, por haber mantenido una relación sexual con una menor de trece años de edad; **iii)** Que, la sanción acotada no supera el juicio de necesidad, estimándose que su resocialización como fin de la pena se puede alcanzar con un marco punitivo que restrinja su derecho a la libertad personal de modo más benigno; **iv)** Que, la sanción de treinta años de privación de libertad anula el bien jurídico [libertad personal] junto al proyecto de vida del imputado, quien es una persona joven que apenas superó el límite de edad para ser considerado imputable penalmente. Asimismo, anota que el delito fue consumado cuando la menor se encontraba en la última etapa de desarrollo de su capacidad psicofísica para adquirir autodeterminación sexual. Al punto que, de acuerdo a la pericia psicológica practicada, no se revelan reacciones o indicadores de alta gravedad de afectación emocional; **v)** Que, si bien el consentimiento en la relación sexual, no es relevante para determinar la consumación del tipo penal; si constituye un factor trascendente al momento de la determinación de la sanción penal. Por todas estas consideraciones, estando a que el hecho no reportó circunstancias agravantes, pues, contrariamente a ello, se destaca que el agente tenía la condición de reo primario y por su imputabilidad relativa, corresponde disminuir prudencialmente la pena del marco legal abstracto señalado; considerando que debe aplicársele 8 años de pena privativa de la libertad.

NOVENO: La audiencia de casación se realizó con la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, y culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta.

En virtud de lo cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el artículo 431°, numeral 4), del Código Procesal Penal, señalándose para el primero de junio de dos mil dieciséis.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

DÉCIMO: La Fiscalía Superior impugnante considera que la Sentencia de Vista, materia del presente recurso-de casación, que reduce la pena impuesta al procesado G.C.V.M, de 30 años de pena privativa de libertad a 5 años de pena privativa de libertad, vulnera el principio de legalidad, de la pena, por cuanto no aplicó la pena tasada prevista en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, que establece un mínimo de 30 y un máximo de 35 años de pena privativa de la libertad. Asimismo, aplicó la atenuante por responsabilidad restringida prevista en el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, a pesar de que el segundo párrafo del mismo artículo, lo prohíbe para el delito de violación de la libertad sexual; cuestionando el test de proporcionalidad efectuado por el Colegiado Superior, tanto para la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, así como para la graduación de la pena. En este sentido, este Supremo Tribunal analizará si dicha sentencia de vista tiene legitimidad constitucional, en base a las particularidades del caso concreto, para lo cual examinará el test de proporcionalidad realizado por la Sala Penal de Apelaciones.

DÉCIMO PRIMERO: Es pertinente dejar sentado que el Colegiado Superior, dio por probado el supuesto de hecho (acceso carnal con una menor de 13 años de edad, previsto en el primer párrafo del artículo 173) pero no aplicó la pena privativa de libertad conminada prevista en el artículo 173.2 del Código penal (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 este sentido, la Sala Penal de Apelaciones no se ha apartado del principio de legalidad del hecho típico, por cuanto la conducta desarrollada por el procesado V.M, como es la de haber tenido acceso carnal con la agraviada, sí ha sido subsumida en el primer párrafo del mencionado tipo penal.

DÉCIMO SEGUNDO: La Sala Penal de Apelaciones que dictó la sentencia de vista impugnada, no aplicó tanto el artículo 173°, inciso 2°, así como el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, que se refieren a la pena aplicable para el supuesto de hecho correspondiente; es decir, se apartó del principio de legalidad de la pena. Dicho Colegiado Superior hizo uso de su facultad constitucional prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, que prescribe; " *En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal los jueces prefieren la primera*". Es decir, realizando un control de constitucionalidad de las leyes aplicables al caso concreto, consideró que dichos artículos son incompatibles con otros principios y derechos constitucionales, por lo que utilizó lo que en doctrina constitucional se conoce como el "control difuso" de las leyes; no aplicándolas solo en este caso concreto.

DÉCIMO TERCERO: A criterio de este Supremo Tribunal y compartiendo la posición del Colegiado Superior, en efecto, estamos ante la colisión del Principio de Legalidad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado que señala: "*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*" (el resaltado es nuestro), reflejado en el artículo 173°, inciso 2°, y artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; y los Principios de Proporcionalidad, previsto en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución y en el artículo VIII del Código Penal que señala: "*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho*" y de resocialización del

reo, previsto en el artículo 139°, inciso 22, de la Constitución Política del Estado, así como el principio convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles, inhumanas o degradantes, garantizado en el artículo 5.2 de la Convención - Americana de Derechos Humanos (en adelante-.CADH).

DÉCIMO CUARTO: La criminalización del acceso carnal con menores de 13 años de edad, busca proteger el bien jurídico denominado "indemnidad sexual"; considerando el legislador que con una pena de 30 a 35 años de prisión, prevista en el artículo 173.2 del Código Penal (principio de legalidad de la pena) se tutela de manera adecuada dicho bien jurídico; prohibiendo, además, cualquier beneficio procesal de atenuación de dicha pena, por lo que excluyó la circunstancia atenuante prevista en el artículo 22, primer párrafo, Código Penal, para los sujetos activos que tienen una edad de entre 18 y 21 años.

Por su lado, el principio de proporcionalidad de la pena exige a los poderes públicos (Poder legislativo, Poder judicial y Poder Ejecutivo), como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. El respeto al principio de proporcionalidad no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la República que por expreso mandato constitucional "*Sólo están sometidos a lo Constitución y lo ley*" (art. 146.1 de la Const.).

DÉCIMO QUINTO: De otro lado, el principio de resocialización del penado, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución, exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si bien el precepto constitucional se refiere al régimen penitenciario, sin embargo, no puede pasar desapercibido que también es un mandato dirigido al legislador penal, respecto a la creación de delitos y penas, en especial a las clases de penas y sus magnitudes? ya que solo el régimen penitenciario que cuente con penas resocializadoras podrá alcanzar su fin resocializador. El régimen penitenciario no puede considerarse al margen del sistema

penal ni de la actividad legislativa en materia penal, dado que para que haya “reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado”, debe haber primero leyes que permitan y promuevan la resocialización. Sin leyes penales compatibles con el fin preventivo especial de la pena, el mandato resocializador sería una quimera. Justamente, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) prescribe: *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"*, por qué el mandato constitucional referido al régimen penitenciario, deberá ser interpretado sistemáticamente con este precepto convencional a fin de dotarlo de pleno sentido y valor.

DÉCIMO SEXTO: El principio resocializador se complementa con el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (art. 5.2 de la CADH), que se refiere tanto a la prohibición de penas que en su ejecución pueden ser crueles e inhumanas (v. gr. producto del hacinamiento carcelario, graves condiciones de insalubridad y precariedad alimentaria] como a las penas que, en su configuración legislativa, ya sea por su modalidad o por su duración, sean materialmente lo mismo. Los Estados Americanos, entre ellos el Perú, al momento de ratificar la CADH se han obligado voluntariamente, no solo a respetar los derechos humanos (art. 1º de la CADH que establece la obligación de respeto), sino a adaptar sus disposiciones internas a los derechos y principios de la CADH. Al respecto, vale recordar que el artículo 2º de la CADH prescribe que: *"los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivas tales derechos y libertades"*.

DÉCIMO SEPTIMO: El principio de proporcionalidad 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 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) [15]. Si bien la proporcionalidad abstracta es *prima facie* complementaria a la proporcionalidad concreta, sin embargo, pueden ser contrapuestos en un caso concreto; bien porque el análisis del caso determine la necesidad de imponer una pena menor que la prevista por la ley, o, bien sea conveniente imponer una pena por encima del marco penal establecido en la ley; con la particularidad hermenéutica que esta última posibilidad se encuentra excluida en un Estado Constitucional, por mandato del principio de legalidad penal y el principio pro homine (art. 29. a) de la CADH).

Se reconoce que el principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho sancionador, limita el ejercicio adecuado del *ius puniendi* estatal y refuerza el principio de la proscripción de la arbitrariedad estatal.

DÉCIMO OCTAVO: Corresponde al legislador diseñar típicamente los comportamientos antijurídicos y la fijación de los marcos penales abstractos estipulados para cada delito en la ley Penal [criminalización primaria], mientras que la labor jurisdiccional se torna significativa y de carácter sumamente delicado, pues sobre ella recae la responsabilidad de la imposición final de la sanción punitiva [criminalización secundaria]. Los Jueces Penales, en sus diversas jerarquías, deben orientar su actuación funcional justamente a mantener un equilibrio óptimo entre legalidad, el respeto de los derechos fundamentales y la vigencia de los principios constitucionales, entre Los que se cuenta el principio de proporcionalidad.

En este sentido, el conflicto de principios constitucionales se presenta porque, a criterio de este Supremo Tribunal, la pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, fijada por el legislador para proteger la “indemnidad sexual” de la menor agraviada, quien contaba al momento de los hechos con 13 años y veinticinco días de edad, (artículo 173.2 del CP); es sumamente grave y representa en su límite máximo la pena privativa de la libertad temporal más drástica de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe analizarse su aplicación en concordancia con los principios de proporcionalidad y

¹⁵ Castillo Alva, José Luis. Principios de derecho Penal Parte general. Gaceta Jurídica. Lima 2002, pp.280.

resocialización.

DÉCIMO NOVENO: Entonces, al haber surgido un conflicto entre disposiciones legales y principios constitucionales, así como principios de rango convencional; éstos serán objeto de ponderación. Si bien es cierto, el legislador al establecer una pena privativa de libertad tan drástica para la protección del bien jurídico “indemnidad sexual”, ha intervenido en la libertad individual del sujeto activo, criminalizando su comportamiento; sin embargo, se debe analizar si existe en el caso concreto una sobre criminalización, que redundaría en una sobreprotección, en cuanto a la pena establecida para dicho bien jurídico, y si se respeta el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

VIGÉSIMO: Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia dictada en el Exp. N° 579-2008-PA/TC. LAMBAYEQUE. CESAR AUGUSTO BECERRA LEIVA., ha señalado en el fundamento 25 lo siguiente: " *...En el procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de idoneidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.*

VIGÉSIMO PRIMERO: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido en su jurisprudencia que un derecho humano puede ser restringido, siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias (sentencia del caso A. M Y OTROS

(FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre de 2012; PÁRR. 273; F. Y D'A. C. ARGENTINA de 29 de noviembre de 2011; PÁRR. 43) como también ha fijado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención (sentencias de los casos K. C. ARGENTINA, 2 de mayo de 2008, PÁRR. 52; C. G. C. MÉXICO, 6 de agosto del 2008, PÁRR. 175). La reglamentación y limitación de los derechos humanos (v. gr. libertad personal, libertad de expresión, derecho al honor y a la intimidad, entre otros), como cualquier otra restricción de un derecho humano, debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (sentencias de los casos A. M Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de fecha 28 noviembre de 2012; PÁRR. 43; M. C. ARGENTINA de 22 de agosto de 2013; PARR. 127; T. D. C. PANAMÁ, sentencia de 27 de enero de 2009: PÁRR. 76). En consecuencia, la falta de cumplimiento de alguno de dichos requisitos implica que la medida es contraria a la Convención (sentencia del caso T.D. C. Panamá, sentencia de 27 de enero de 2009; PÁRR. 76).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la restricción (de un derecho humano) debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo (sentencia del caso Y. C. NICARAGUA, 23 de junio del 2005, PÁRR. 206). Dicha Corte ha sostenido, además, que entre varias opciones para alcanzar el interés público imperativo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho en cuestión (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, PÁRR. 46).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Ahora bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional y analizado el test de proporcionalidad correspondiente; sobrela

idoneidad de la tipificación del delito de violación sexual presunta, en agravio de 'menores de 13 años de edad, en el artículo 173°, inciso 2° del Código Penal, y la imposición de pena privativa de libertad para sus autores o partícipes; consideramos que es un medio idóneo para lograr la protección de la indemnidad sexual de los menores involucrados como víctimas. La indemnidad sexual consiste en "la tutela del desarrollo y formación sexual del menor, pero solo de quienes tienen menos de catorce años" (R.N. N° 1915-2013-LIMA del 09 de diciembre del 2014). Al respecto, el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/ CJ-ciento dieciséis, ha señalado que "debe entenderse como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual; habiéndose establecido que los adolescentes de catorce años de edad sí tienen esa capacidad para autodeterminarse y dirigir sus decisiones en lo relativo a su vida sexual, quedando, por ende, el estado privado de criminalizar aquellas conductas, en las que una persona adulta mantiene relaciones sexuales voluntarias con menores cuyas edades oscilan entre catorce a dieciocho años".

VIGÉSIMO TERCERO: Sin embargo, este Supremo Tribunal estima, respecto al subprincipio de necesidad, que la imposición de 30 a 35 años de pena privativa de libertad a! autor o partícipe de la violación sexual de un menor de 13 años de edad, (la agraviada tenía trece años y veinticinco días de edad), no es un medio necesario o indispensable para lograr la protección efectiva del bien jurídico "indemnidad sexual", por cuanto existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo. En la vida real, no se ha acreditado que la pena de 30 a 35 años de cárcel, pena prevista en el artículo 173.2 del CP, sea una pena necesaria e indispensable para alcanzar el objetivo de proteger el bien jurídico "indemnidad sexual", tanto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad constitucional (art. 200 de la Constitución) como de su fundamento convencional (art. 30 de la CADH).

En efecto, si bien es cierto la pena de privación de la libertad individual del sujeto activo, es idónea para proteger el bien jurídico: indemnidad sexual de los menores de 13 años de

edad; sin embargo, la magnitud y dosis de la pena de 30 a 35 años no es necesaria e indispensable

para proteger el bien jurídico de manera legítima. Lo que es idóneo en abstracto no siempre es necesario ni proporcional en concreto. En consecuencia, la pena draconiana establecida por el tipo penal no supera el subprincipio de necesidad.

En este extremo cabe mencionar la ilógica del legislador, cuando al regular la pena para el delito de Homicidio, previsto en el artículo 106° del Código Penal, establece una pena de 6 a 20 años de pena privativa de libertad. Es decir, considera que solo entre 6 y 20 años es necesario privar la libertad de un homicida, para satisfacer el bien jurídica vida que protege dicho tipo penal. Entonces, para proteger otros bienes jurídicos de menor rango que la vida humana, no se explica cómo es que se requiere de una pena mayor.

VIGÉSIMO CUARTO: En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; si bien es cierto, e! segundó paso del test de proporcionalidad (necesidad) no se cumple"-en el caso concreto, por lo que carecería de objeto analizar el tercer y último paso del mencionado test; sin embargo, consideramos que es importante analizar este extremo por cuanto se trata de establecer, si la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado, de 30 años de pena privativa de libertad, es excesiva y vulneradora de la libertad personal del procesado; y si la pena de 5 años de prisión impuesta por la Sala Penal de Apelaciones, resulta adecuada al hecho punible, de cara al principio de proporcionalidad.

VIGÉSIMO QUINTO: Ahora bien, para establecer el peso o importancia de los principios constitucionales en conflicto, debe seguirse a la ley *de* la ponderación; en este sentido decimos "*Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a lo dignidad y libertad personal del imputado, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales que persigue la ley, en favor de la indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad*".

VIGÉSIMO SEXTO: Para medir los grados de afectación y los niveles de satisfacción que persigue el artículo 173.2 del Código Penal, hay que valorar las intensidades,

estableciendo una escala triádica (Sentencia del Tribunal Constitucional ya acotada, fundamento 31) catalogándose como grave, medio o leve. Cuando es posible establecer, de manera racional, que una medida de restricción de baja o leve intensidad, logra niveles de satisfacción altos o elevados, la conclusión que resulta es que el medio empleado (ley), ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima, desde la perspectiva constitucional (fundamento 34 de la Sentencia citada). Contrario sensu, si la afectación a un derecho fundamental es grave y el nivel de satisfacción que se logra es medio o leve, entonces, la ley no habría pasado dicho test de proporcionalidad.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En el caso de autos, este Supremo Tribunal considera que la imposición de una pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, que se impondría al procesado V. M (de 19 años de edad) como autor del delito de violación sexual de menores de 13 años y veinticinco días de edad; es una intervención de intensidad grave sobre la dignidad y libertad personal del imputado, como ya se ha anotado; y el nivel de satisfacción que se logra *don* esta medida, sobre la protección del bien jurídico protegido de la menor agraviada; consideramos que es de grado medio. En efecto, las penas elevadas y sumamente drásticas para los casos de acceso carnal con menores de 13 años, que han prestado su consentimiento, no han evitado el incremento de estos hechos delictivos, y no registran eficacia compatible con los fines de la pena en un Estado democrático, como es la prevención general negativa; sobre todo cuanto hay otras medidas menos perjudiciales o gravosas (penas menos graves) que podrían lograr los objetivos constitucionales que persigue la ley (artículo 173.2 del Código Penal).

VIGÉSIMO OCTAVO: En el mismo sentido, la prohibición de disminuir la pena para los sujetos activos de responsabilidad restringida, como los jóvenes de 18 a 21 años de edad, establecida por el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, tampoco pasa el test de proporcionalidad, por cuanto para proteger el bien jurídico “indemnidad sexual”, no es necesario proscribir la aplicación de esta circunstancia atenuante. La exclusión de la facultad del Juez para poder atenuar la pena en los delitos sexuales: cometidos por jóvenes de responsabilidad restringida, no es idónea ni necesaria para combatir este tipo de delitos. Si ya la aplicación de penas altas constituye un problema acerca de la legitimidad constitucional de las normas penales, en orden a los fines constitucionales de

la pena; entonces, la exclusión de la atenuante por imputabilidad disminuida deviene en una medida arbitraria y no resulta idónea para alcanzar el objetivo deseado; lucha eficaz contra la criminalidad y mantener los índices delictivos en límites razonables.

VIGÉSIMO NOVENO: No hay estudios criminológicos, científicos, psicológicos, o de otro orden técnico, que permitan sostener de ríñã ñera razonable y válida que prohibiendo la atenuación de la pena a los imputados de 19 años de edad, que tuvieron acceso carnal con menores de 13 años (el imputado tenía 19 años); se reducirán los índices de este tipo de delitos. Por el contrario, esta prohibición, fomenta la marginación, la exclusión social y quebranta el principio contenido en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe: “*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*”.

TRIGÉSIMO: De otro lado, la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad que le impuso el Juzgado Penal Colegiado, al imputado Vega Mejía, quien contaba con 19 años de edad, por haber mantenido una relación sexual, lograda sin violencia e instrumentalización de la víctima por haber tenido una relación afectiva previa, y cuya diferencia de edades no era significativa; contraviene también el principio de resocialización, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución y el artículo 5.6 de la CADH; por cuanto dada la magnitud y drasticidad de la pena y la prohibición de beneficios penitenciarios, constituye una pena altamente lesiva, que lejos de colaborar en la reintegración social del reo, neutraliza cualquier intento de reincorporar al condenado a la sociedad democrática.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Por mandato constitucional (art. 139.22) y convencional (art. 5.6) toda pena debe promover la resocialización del reo, tanto en la faceta legislativa, en el campo judicial, como en el ámbito de la ejecución penal. Con ello, no es que se pretenda firmar que el único fin legítimo de la pena sea la resocialización, sino que dicho fin se presenta como un objetivo irrenunciable de la pena, cualquiera que sea su clase, que obliga a todos los poderes públicos

y que un Estado Social y Democrático, como el peruano, debe cumplir (art. 43 de la Constitución); en particular, en el diseño de toda política criminal y la configuración de las clases y magnitudes de penas.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: “la disposición constitucional, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato expreso de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea en el momento de regular las condiciones de ejecución de las penas o en el de establecer el *quantum* de ellas¹⁶, y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *quantum de* la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese *quantum o* de las condiciones en las que la pena se ha de cumplir; ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad. De éstas, se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad¹⁷”.

TRIGÉSIMO TERCERO: Por ello, este Supremo Tribunal considera que ninguna pena, sobre todo cuando se trate de penas privativas de la libertad, puede sacrificar y obviar en su aplicación el mandato resocializador, que como principio constitucional y como compromiso convencional obligatorio ha contraído el Perú; hacerlo, no solo supone incurrir en desacato constitucional, sino en desafiar las obligaciones internacionales adquiridas por el Perú al suscribir diversos Tratados de Derechos Humanos, exponiendo al Estado a una eventual responsabilidad política por violación de derechos humanos. De igual modo, solo en la medida en que se cumpla y respete el principio resocializador,

¹⁶ EXP. N° 7730-2005-PHC/TC; CASO: W.G.I; EXP. N° 7724-2005-PHC/TC; CASO: N.V.C.

¹⁷ EXP. N° 803-2003-HC/TC; CASO: P.F.C.R o S.M.Q.

junto a los demás fines de la pena; es posible evitar una violación al principio que prohíbe instaurar en un Estado Constitucional, penas crueles e inhumanas (artículo 5.2 de la CADH) que es una expresión indiscutible del respeto al principio de dignidad de la persona humana, contenida en el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental.

PRONUNCIAMIENTO CASATORIO.-

TRIGÉSIMO CUARTO: La sentencia de vista impugnada arribó a una conclusión condenatoria; esta decisión es incuestionable para este Supremo Tribunal. Ciertamente, se cometió un delito contra la libertad sexual. Rige, en lo particular, el principio de intangibilidad de los hechos, por lo que solo se examinará si el fallo infringe o transgrede la Constitución o la Ley; es decir, a la *quaestio iuris*¹⁸, no siendo procesal sustituir en la valoración de la prueba, al Tribunal de Apelación, a efectos de dictar un fallo sustitutivo. El fundamento del fallo impugnado, reside en la protección legal del bien jurídico “*indemnidad sexual*”, entendido como la preservación de la sexualidad de una persona, cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, y que corresponde a los menores de menos de 14 años de edad; a diferencia del bien jurídico “libertad sexual”, que corresponde a los adolescentes y mayores de edad, que superan los 14 años de edad; los mismos que tienen capacidad jurídica para disponer libremente de su sexualidad.

TRIGÉSIMO QUINTO: En efecto, la conducta del procesado Geancarlos Vega Mejía, constituye un hecho típico, antijurídico y culpable, por cuanto realizó los elementos objetivos y subjetivos del ilícito imputado; vulnerando la indemnidad sexual de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. Por lo tanto, es correcta su declaración de responsabilidad penal y de condena. No converge, a su favor, la presencia de alguna clase de error -de tipo o de prohibición- fin de negar la imputación subjetiva o la antijuridicidad de su conducta, consolidándose la posición judicial adoptada. En consecuencia, la pretensión impugnativa, debe ser resuelta bajo un esquema adecuado de determinación legal y judicial de la pena. Al respecto, es preciso señalar que la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título

¹⁸ San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Lima. 2015, pp. 715.

Preliminar del Código Penal - La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho—, como los artículos 45° y 46° del citado código sustantivo. Además, engloba dos etapas

secuenciales marcadamente definidas; la primera, denominada **DETERMINACIÓN LEGAL**”, y la segunda, rotulada como **“DETERMINACIÓN JUDICIAL”**. En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.

TRIGÉSIMO SEXTO: En este tópico, se aplicaría la pena conminada prevista para el delito de Violación Sexual Presunta, que de acuerdo al artículo 173°, numeral 2), del Código Penal - en su formulación vigente en la época de los hechos, según Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis —, Sería no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; sin embargo, al haberse inaplicado dicha norma sustantiva al caso de autos (en cuanto a la pena tasada), acudiremos a la norma general que regula la pena privativa de libertad (artículo 29^u del CP), como veremos más adelante. No concordamos, al respecto, con el argumento del Colegiado Superior de acudir a otro tipo penal, como el homicidio simple (artículo 106° del CP), para tener como referencia su marco punitivo (de 6 a 20 años de pena privativa de libertad), por cuanto se vulneraría el principio de legalidad de la pena de cada figura delictiva en particular. No es compatible con la Constitución (art. 2°, inciso 24, literal d) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9°) imponer una pena que corresponde a otro tipo penal, distinto del que fue materia de condena. Finalmente, usar una pena conminada de otro tipo penal distinto de; que es materia de la acusación, vulnera el principio de proscripción de la analogía de la ley penal.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: En esta fase, el Juez competente determinará la pena concreta que en justicia y en derecho le corresponde al infractor de la ley. Se trata de alcanzar la pena justa que debe imponerse al imputado, diferenciándose caso por caso. En cuanto a la dosificación de la pena, es decir, para fijar el quantum; además del marco legal punitivo, se tendrá en cuenta los elementos y factores señalados en el artículo 45° del Código Penal - texto original -, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, y el nivel de su cultura y costumbres -en el caso de autos el acusado tiene de instrucción: segundo año de secundaria, ocupación: ayudante de construcción-. Asimismo, se examinará si existen otras circunstancias atenuantes

genéricas o específicas. Una atenuante específica es la responsabilidad restringida que establece el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, que faculta al juzgador aplicar una pena atenuada respecto del que le correspondería a un sujeto activo mayor de 21 años de edad.

TRIGÉSIMO OCTAVO: En el caso de autos, la Sala Penal de Apelaciones impuso al procesado la pena concreta de 5 años de pena privativa de libertad efectiva, basado en el principio de proporcionalidad de la pena (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal) y la atenuante por responsabilidad restringida; en este último caso, inaplicó la prohibición contenida en el segundo párrafo del referido artículo 22 del Código Penal, que excluye del beneficio a los procesados por delito de violación de la libertad sexual. Para ello se valió de la facultad constitucional de los jueces para ejercer el “control difuso” de las leyes, cuando éstas son incompatibles con la Constitución Política del Estado.

TRIGÉSIMO NOVENO: El principio constitucional de proporcionalidad concreta y la atenuante por responsabilidad restringida, sirvieron para imponer una pena atenuada, muy por debajo de la pena tasada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal; priorizándose tal principio sobre el de legalidad de la pena, para lo cual realizó el test de proporcionalidad. Al respecto, se evaluaron los tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto [ponderación].

Sobre la prohibición de aplicar la atenuante por responsabilidad restringida, prevista en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; efectuaremos el siguiente examen de proporcionalidad:

VII. **EXAMEN DE IDONEIDAD.-** Un enunciado normativo siempre conlleva a una finalidad. Tratándose de normas penales, el fin último recae, indudablemente, en la prevención del delito y la protección de bienes jurídicos. La medición de la pena, en un modelo de Estado social y democrático de derecho, debe contemplar, mínimamente, garantías de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. Por esta razón, es necesario preguntarse ¿Es idóneo y hay una relación entre la exclusión del beneficio de reducción punitiva y la finalidad, preventiva de evitar la comisión futura de esta clase de delitos? A

tal efecto, es preciso diferenciar dos aspectos relevantes. Uno, es el relativo al marco punitivo que la ley prevé para sancionar esta clase de delitos, respecto del cual, no es posible desconocer su idoneidad en sentido abstracto. Y otro, concerniente a la posible aplicación de alguna atenuante excepcional prevista en la ley, siempre que el caso lo amerite.

Superado este aspecto, es preciso significar que la experiencia judicial consolidada da cuenta que, aun cuando se hayan incorporado normas sustantivas o procesales que engloben restricciones en cuanto a la aplicación de ciertos beneficios - generalmente enfocados en reducciones punitivas, sin afectar la pena básica del delito -, no siempre se ha logrado persuadir a los agentes delictivos de perpetrar nuevos delitos sexuales. En consecuencia, la medida legislativa de prohibir la aplicación de la atenuante de imputabilidad disminuida, en rigor, no es útil y conducente a la finalidad perseguida, de prevenir delitos mediante la protección de bienes jurídicos. No existe evidencia de que el medio escogido para brindar protección a las víctimas de agresiones sexuales, tuviera una idoneidad y efectividad tal, que justificara la instauración de la medida prohibitiva inequitativa y contraria a los alcances del Principio de igualdad. Por lo tanto, la prohibición de aplicar tal atenuación no necesariamente logra la efectiva protección del bien jurídico tutelado [indemnidad sexual] ni cumple con el fin de la pena, que es prevenir la comisión de delitos.

VIII. EXAMEN DE NECESIDAD.- Sobre el particular, dos aspectos son claves de analizarse bajo este sub principio: i) Si existen medios alternativos igualmente idóneos para cumplir el objetivo de protección a las víctimas de delitos sexuales; y ii) Si tales

medios no afectan el principio de igualdad, o de hacerlo, la afectación es de menor intensidad. El ordenamiento jurídico penal, conforme a su diseño, puede utilizar el recurso de las penas para prevenir la comisión de delitos pero dicho empleo - en especial cuando se trata de penas privativas de la libertad- debe ser excepcional y utilizarse en los casos absolutamente necesarios.

La exigencia de necesidad de la pena, no se limita a preguntar en el caso concreto, a si debe utilizarse la pena privativa de la libertad, sino también a determinar si el quantum o determinada dosis de pena, es necesaria e indispensable para prevenir y evitar la comisión de delitos. La afectación intensa de la libertad personal por

parte del legislador, debe estar compensada por la protección efectiva del bien jurídico dentro a los límites necesarios.

El empleo de la pena privativa de la libertad en un caso, como el presente, de abuso sexual de una menor de trece años y veinticinco días de edad, se encuentra justificada; empero la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad se revela como absolutamente innecesaria para la protección del bien jurídico: indemnidad sexual. El hecho de que el empleo de dicha pena se presente como necesaria., no quiere decir que la dosis de pena prevista en la ley se presente también como necesaria.

- IX. **EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.-** La idea central de la proporcionalidad es definir el ámbito de influencia de la intervención punitiva del Estado y del derecho a la igualdad de toda persona, que goza de reconocimiento constitucional, por su condición de ser humano. Estamos frente a la colisión de dos principios, que debe ser resuelta mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, orientada a establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo peso en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto¹⁹. Son dos valores antagónicos, pues, de un lado, se procura la aplicación estricta del principio de legalidad [proscripción de aminoración punitiva], y de otro lado, se vela por el respeto a la dignidad y libertad del imputado. Ambos principios conducen a juicios jurídicos diametralmente contradictorios. Evidentemente, conforme al tratamiento acotado, en el caso de autos, deben prevalecer los intereses concernientes a la dignidad de la persona humana en la determinación de la pena, conteniendo un “peso” esencialmente mayor que aquél interés orientado a preservar a aplicación rigurosa de la ley penal, tanto en su marco abstracto como en el empleo de la aplicación de una atenuante especial. La tesis adquiere relevancia bajo la consideración de un factor adicional: El respeto al principio- derecho de igualdad. El Tribunal Constitucional²⁰ ha afirmado que la igualdad detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto al principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del

¹⁹ Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2008, pp.72.

²⁰ STC número 045-2004-PI/TC.

ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto al derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes. Asimismo, es importante la influencia de otros aspectos con la misma solvencia normativa, entre ellos, la reinserción o reincorporación social de los condenados. Justamente, la política criminal ha sido instituida como instrumento de medición para configurar medidas restrictivas a la libertad de los agentes delictivos, siempre enmarcadas en una línea de respeto por la dignidad humana. Este es el pilar sobre el que se funda todo Estado Democrático y Social de Derecho. La delincuencia en cualquiera de sus formas genera donosidad social. El ataque a los diversos bienes jurídicos puede contener diversos grados de intensidad, significándose que no todas las acciones punibles representan una grave afectación. En virtud de ello, en el ámbito de la ponderación de principios, la legalidad, en el caso de autos, no precede a la proporcionalidad, sino a la inversa.

CUADRAGÉSIMO: Sobre la responsabilidad restringida por razón de la edad, en los delitos sexuales, este Supremo Tribunal ha emitido jurisprudencia solventando la aplicación de tal reducción punitiva. Es preciso destacar, entre otros, i) La sentencia dictada en el Recurso de Nulidad número 3287 - 2013/CAJAMARCA, de fecha diecisiete de junio de dos mil catorce, donde se señala que la proscripción de tal atenuación, colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica, prevista en el artículo 2o, numeral 2), de la Constitución Política del Estado, toda vez que "(...) el frotamiento especial que implica la denominada "responsabilidad restringida" se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada "capacidad de culpabilidad", sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que resulta evidente introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato - propia de individuos objetivamente diferentes por su situación

personal - fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional (...)" [fundamento jurídico décimo segundo]; y, ii) La sentencia dictada en el Recurso de Casación número 403 - 2012/LAMBAYEQUE, de fecha dieciocho de julio de dos mil trece, que avalando un supuesto fáctico similar, justificó la reducción punitiva, rebajando la pena impuesta de 30 años a 10 años de pena privativa de libertad, considerando como circunstancias razonables las condiciones personales del agente [incluida su edad: veintiún años), la extracción campesina, educación primaria, ausencia de antecedentes penales, la aceptación de las prácticas sexuales, poniendo de relieve la relación sentimental mantenida con la agraviada, y la extensión mínima del daño o perjuicio causado; todo lo cual, sirvió de sustento para justificar dicho fallo judicial.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En este sentido En este sentido, teniendo en consideración la línea jurisprudencial establecida por este Supremo Tribunal, es evidente que en el caso analizado, resulta adecuado, proporcional, y esencialmente igualitario, la aplicación de la circunstancia atenuante de la pena prevista en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal, a todo agente de 18 a 21 años de edad que cometa delito de violación sexual; por lo que la inaplicación de la prohibición contemplada en el segundo párrafo de dicha norma, en la sentencia impugnada, haciendo "control difuso" se encuentra arreglada a la Constitución (artículo 138°); debiendo ser aprobada. A mayor abundamiento, en el Acuerdo Plenario número 04 - 2C08/CJ - 116, se establece, de manera expresa, la posibilidad de que los Jueces apliquen control difuso respecto de la prohibición de la responsabilidad restringida, en caso se advierta un tratamiento diferenciado. Es de enfatizar que su aplicación se encuentra acogida como una facultad, mas no tiene un carácter imperativo, según los términos del acotado Acuerdo Plenario, que establece: "Los jueces penales (...) están plenamente habilitados a pronunciarse, **si así lo juzgan conveniente**, por la Inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma Introduce una discriminación - desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente -, que impide un resultado jurídico legítimo" [fundamento jurídico décimo primero]

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Es importante precisar que el "control difuso" de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución

Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22°; primer párrafo, del Código penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2°, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional²¹, ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis del caso materia del presente recurso, siendo los siguientes:

A. AUSENCIA DE VIOLENCIA O AMENAZA PARA ACCEDER AL ACTO SEXUAL. De acuerdo a la sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista, en las relaciones sexuales entre el sentenciado y la agraviada medió consentimiento; sin uso de violencia ni amenaza para doblegar la voluntad de la víctima, tampoco hubo engaño. Si bien es cierto, por la edad de la menor agraviada, trece años y veinticinco días de edad, tal consentimiento resultó irrelevante para negar la atipicidad del hecho; sin embargo, no puede soslayarse que, conforme a la determinación fáctica acotada, en relaciones sexuales no medió violencia física o amenaza. No se trató de un ataque violento al bien jurídico, menos se vejó, maltrató o se dio un trato indigno a la víctima, que hubiera merecido la elevación de la antijuridicidad de la conducta.

I. PROXIMIDAD DE LA EDAD DEL SUJETO PASIVO A LOS CATORCE AÑOS. La menor agraviada, en la fecha en que tuvo acceso carnal con el

²¹ STC número 751-2010-PHC/TC, de fecha 15 de junio 2010, FJ cuarto.

procesado, tenía trece años y veinticinco días de edad, y, ya había tenido una relación sexual anterior con el mismo imputado, la cual, según indica, fue con su "consentimiento". No se discute en este proceso la protección legislativa a la "indemnidad sexual". Únicamente se destaca un dato de la realidad en el caso analizado. La proximidad a la edad de catorce años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena, por cuanto linda con el consentimiento válido del sujeto pasivo, que se produce a partir de los catorce años de edad. Por lo tanto, no es racional la pretensión de sancionar a un agente que haya tenido relaciones sexuales con una menor de edad cercana a los catorce años, con una pena mínima severa de treinta años de prisión, sin la posibilidad de atenuar dicha sanción. De haber tenido la agraviada 14 años de edad, el imputado habría sido absuelto. En este extremo, resulta trascendente citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante sentencia número 00008 - 2012 - PI/TC, del doce de diciembre de dos mil doce, declarando la inconstitucionalidad del numeral 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, del trece de marzo de dos mil seis, por considerar, entre otros fundamentos, que dicho precepto legal "(...) *ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución*" - fundamento jurídico quincuagésimo primero -. Está claro que, en clave constitucional, se ha reconocido la prerrogativa de disponer libremente de su sexualidad a aquellos menores cuyas edades fluctúan entre los catorce y dieciocho años. La determinación del rango etéreo de

disposición sexual estuvo justificado a partir de criterios ponderativos, entre el derecho a la indemnidad sexual de los adolescentes - con edades entre catorce y dieciocho años y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habiendo prevalecido este último respecto del primero. En consecuencia, cuanto mayor sea el acercamiento a la edad de los catorce años, la que detentaba la agraviada al momento de los hechos, mayor será la atenuación de-la pena, en el caso de sujetos activos con responsabilidad restringida que tengan entre 18 y 21 años de edad.

C.AFECTACIÓN PSICOLÓGICA MÍNIMA DE LA VÍCTIMA. - Evidentemente, al existir consentimiento, aun cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual ha generado daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo. En el caso de autos, se destaca la presencia de "*indicadores de estresor de tipo sexual*", según el Protocolo de Pericia Psicológica número 001434 -2013 - PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho. Al respecto, en la audiencia de juzgamiento, la perito K. C. R. G ratificó sus conclusiones, e indicó, básicamente, que la agraviada sintió vergüenza cuando relató las circunstancias del acto sexual, precisando que la "ruborización" es uno de los indicadores del estresor sexual. Este indicador, a criterio de este Supremo Tribunal, no reviste gravedad, precisamente porque el acto sexual fue consentido. La atenuación de la pena solo será posible en aquellos casos en que el daño psicológico no se compruebe, o el mismo sea mínimo, o de entidad no relevante. Contrario sensu, en aquellos supuestos en los que la afectación emocional haya revestido características de intensidad suficiente, no resulta posible su ponderación para rebajar la pena.

D.DIFERENCIA ETÁREA ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO. Un factor importante, a los efectos de la graduación de la pena, a criterio de este Supremo Tribunal, es la diferencia entre las edades del sujeto activo y el sujeto pasivo. En el caso de autos, la agraviada contaba con trece años y veinticinco días de edad, mientras que el procesado tenía 19 años de edad; existiendo por tanto una diferencia de 6 años. Esto explica la ausencia de una circunstancia de prevalimiento o de abuso de una posición de poder para consumar el acto sexual. En este sentido, cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21 años) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena. En el caso de autos, al haber una cercanía y proximidad entre las edades del autor del hecho y la víctima, máxime si la relación se desarrolló de manera espontánea; no era proporcional agravar la pena e imponer una condena de 30 años de prisión al imputado, tal como ocurrió con la sentencia de primera instancia.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: En consecuencia, siendo el artículo 173.2 del Código Penal (en cuanto a la pena conminada) y el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal (en cuanto a la prohibición de atenuantes para el delito de violación sexual), incompatibles con la Constitución, por colisionar con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado, así como con la dignidad del imputado; la inaplicación

efectuado por la Sala Penal de Apelaciones, en este caso concreto, se encuentra ajustada a la Constitución, mereciendo ser aprobada; por lo que los agravios formulados por la Fiscal Superior casacionista no son de recibo, máxime si su superior jerárquico (Fiscal Supremo) ha opinado que el control difuso realizado por el Colegiado Superior se encuentra arreglada a la Constitución.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, nos encontraríamos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por “control difuso”, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29° del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el Juez Penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto. En este extremo, no concordamos con el criterio esgrimido por el Ad quo que, en los de vista, toma como referencia para la graduación de la pena, la pena conminada del delito de revisto y penado en el artículo 106° del Código Penal. No se puede aplicar la pena de este delito por cuanto vulneraría el principio de legalidad de la pena, no solo porque tipifica otro supuesto de hecho, distinto del delito de violación sexual de menor edad, sino además porque trasgrede el principio de proscripción la analogía de la ley penal. Entonces, lo más razonable y prudente es acudir a la norma general que regula la pena privativa de libertad, para toda clase de delitos. Este criterio debe tener alcance general por cuanto será una herramienta eficaz para generar seguridad jurídica y preservar los principios constitucionales que garantizan un debido proceso, por lo que constituye doctrina jurisprudencial de carácter vinculante; al igual que los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: En cuanto al pedido del Señor Fiscal Supremo, quien en su escrito de fecha 17 de mayo del año en curso, solicita el incremento de la pena impuesta al procesado V.M, de cinco a ocho años de pena privativa de libertad; este Supremo ^ Tribunal considera que los tres años adicionales que solicita el Ministerio Público, en este caso concreto, en nada contribuirá a lograr los objetivos constitucionales que se persigue con las penas drásticas a los autores o partícipes del delito de violación sexual de A

adolescentes de 13 años de edad; con mayor razón en el caso del procesado V. M, quien tiene responsabilidad restringida. Un año y días antes de los hechos, este último, hubiera sido inimputable, por lo que con cinco años de prisión efectiva, con ingreso a un Establecimiento Penitenciario, tal como ha sancionado la Sala Penal de Apelaciones, puede lograrse satisfacer la protección de la indemnidad sexual de la agraviada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- IX. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE LA TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DEL SANTA, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: **i)** Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; **ii)** Modificar la pena impuesta - treinta años -, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra Geancarlos Vega Mejía, como autor de! delito contra la libertad sexual - Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista mencionada, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa.
- X. **ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, 'cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto de la presente sentencia casatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3°, del Código Procesal Penal.

- XI. **EXONERARON** a la representante del Ministerio Público del pago de costas procesales en la tramitación del recurso de casación.
- XII. **DISPUSIERON** dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el Diario Oficial “El Peruano”; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; y los devolvieron.
- SS. V.S/R.T/P.P/H.P/N.F.**

ANEXO 5
MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO

Técnicas de interpretación aplicada en la validez normativa, proveniente de la Sentencia Casatoria N° 335-2015 de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04 Consumación en el delito de Violación de la Libertad Sexual del Distrito Judicial del Santa – Chimbote. 2020

	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVO DE INVESTIGACIÓN
GENERAL	¿De qué manera la validez normativa y las técnicas de interpretación son aplicadas en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04 del Distrito Judicial del Santa – Chimbote, ¿2020?	Determinar la manera en que la validez normativa como las técnicas de interpretación son aplicadas en la Sentencia Casatoria N° 335-2015 de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00375-2013-83-2501-JR-PE-04 del Distrito Judicial del Santa – Chimbote. 2020
ESPECIFICOS	Sub problemas de investigación /problemas específicos (no se escriben, no se presentan en el proyecto de tesis, ni en la tesis-informe sólo se ha efectuado para facilitar la elaboración de los objetivos específicos)	Objetivos específicos (son actividades necesarias para alcanzar el objetivo general)
	Respecto a la validez normativa	Respecto a la validez normativa
	¿De qué manera la validez normativa es aplicada tomando en cuenta la propia validez respecto a la sentencia de la corte suprema?	Determinar la validez normativa normativa, en base a los propios componentes de la validez.
	¿De qué manera la validez normativa es aplicada tomando en cuenta la verificación normativa en base al control difuso, respecto a la sentencia de la corte suprema?	Determinar la validez normativa, en base al control difuso.
	Respecto a las técnicas de interpretación	Respecto a las técnicas de interpretación
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos.

ANEXO 6
LISTA DE INDICADORES
SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

1. VALIDEZ NORMATIVA

1.1. VALIDEZ:

1. **Los fundamentos evidenciaron la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma, es decir la validez formal.** [Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificaron o comprobaron la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica]

2. **Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa.** [Es decir, separaron aquella norma jurídica que es incongruente con otra norma de mayor jerarquía, con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma]

3. **Los fundamentos evidenciaron la selección de normas legales, es decir la validez material.** [Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificaron su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica]

4. **Los fundamentos evidenciaron que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) fueron adecuadas a las circunstancias del caso.** [Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y de la otra parte]

1.2. VERIFICACIÓN DE LA NORMA:

1. **Se determinó la/s causal/es del recurso de casación.** [Teniendo en cuenta lo establecido en el Art. 429° del NCPP: A) Inc. 1. Si la sentencia (...) han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías. B) Inc. 2. Si la sentencia (...) incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad. C) Inc. 3. Si la sentencia (...) importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación. D) Inc. 4. Si la sentencia (...) ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor. E) Inc. 5. Si la sentencia (...) se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional; con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró]

2. **Se determinó el cumplimiento de los requisitos de interposición del recurso de casación.** [Conforme a los Arts. 427° y 430° NCPP]

3. **Las normas seleccionadas permitieron evidenciar el Sub Criterio de Idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.** [Teniendo en cuenta que dicho criterio busca analizar la relación medio-medio; es decir, que la decisión que optaron los magistrados debió argumentar cómo es que dicho medio “límite del objetivo propuesto por el legislador” fue compatible o no con la Constitución (objetivo constitucionalmente legítimo)]

4. **Las normas seleccionadas evidenciaron el Sub Criterio de Necesidad proveniente del Test de Proporcionalidad.** [Teniendo en cuenta que dicho criterio busca analizar la relación medio-fin; es decir, que el objetivo que propone el legislador (a través de las leyes) que es compatible con la Constitución (que respeta los derechos fundamentales), tiene racionalidad instrumental del límite (determinación de la norma y/o leyes alcance el objetivo fijado); en tal sentido, la argumentación de los magistrados giró en torno a lo señalado.]

5. **Las normas seleccionadas evidenciaron el sub criterio de Proporcionalidad en sentido estricto del Test de Proporcionalidad.** [Teniendo en cuenta que dicho sub criterio buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada, y el de la afectación del derecho fundamental; es decir, los magistrados debieron ponderar si todas las medidas fijadas por el legislador para alcanzar el objetivo que fue fijado (objetivo compatible con la Constitución, tiene racionalidad instrumental –vínculo entre medios y fines), entre todas las medidas idóneas examinadas, la medida que se escogió fue la que menos vulneró o sacrificó al derecho fundamental]

2. TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN

1.1. INTERPRETACIÓN:

1. **Se determinó el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación.** a través de qué tipo de interpretación: Auténtica, doctrinal y judicial.

2. **Se determinó el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación.** qué tipo de interpretación: Restrictiva, extensiva, declarativa.

3. **Se determinó los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas civiles que garantizan el proceso.** bajo qué tipo de interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico.

4. **Se determinó los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación.** bajo qué tipo de interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica.

5. Se determinó el tipo de motivación aplicado por los magistrados en la sentencia de casación. [Debiendo especificar el tipo de motivación (aparente, suficiente, entre otros), y de ser el caso, identificar la posible vulneración]

1.2. ARGUMENTACIÓN:

1. Se determinó el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación. [Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial, teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia]

2. Se determinó los componentes de la argumentación jurídica. [Que permitieron fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: PREMISAS, INFERENCIAS y CONCLUSIÓN]

3. Se determinó las premisas que motivaron o dieron cuenta de los hechos por los cuales el argumento debió aceptarse. ambas premisas: Premisa mayor y premisa menor.

4. Se determinó las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debió aceptarse. a través de qué tipo de inferencia: Encascada, en paralelo y dual.

5. Se determinó la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. a través de qué tipo de conclusión: Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria.

6. Se determinó los principios esenciales para la interpretación constitucional. a través de qué principios: [a) Principio de coherencia normativa; b) Principio de congruencia de las sentencias; c) Principio de culpabilidad; d) Principio de defensa; e) Principio de dignidad de la persona humana; f) Principio de eficacia integradora de la Constitución; g) Principio de interdicción de la arbitrariedad; h) Principio de jerarquía de las normas; i) Principio de legalidad en materia sancionatoria; j) Principio de presunción de inocencia; k) Principio de razonabilidad; m) Principio de tipicidad; n) Principio de debido proceso; o) Principio de non bis in idem; p) Principio prohibitivo de la reformatio in peius; q) Principio de declaración de inconstitucionalidad de ultima ratio; o r) Principio de seguridad jurídica. Con la finalidad de la no vulneración