CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N.° 1-2018/CIJ-433

***Base legal*: Artículo 433.4 del Código Procesal Penal**
***Asunto*: *Alcances* de la determinación de la pena en los delitos sexuales.**

Lima, dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, han pronunciado la siguiente:

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA

I. ANTECEDENTES

1.° Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 367-2018-P-PJ, de uno de octubre de dos mil dieciocho, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil dieciocho, que incluyó la respectiva vista de la causa y la participación en el tema objeto de análisis de la comunidad jurídica a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, a fin de dictar la sentencia plenaria casatoria respectiva para concordar criterios discrepantes sobre la determinación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias próximas entre los sujetos activo y pasivo, a propósito de la sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de fecha uno de junio de dos mil dieciséis. Etarias

2.° El I Pleno Jurisdiccional Casatorio de dos mil dieciocho se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la emisión de la Resolución del señor Presidente de la Corte Suprema, en mérito del requerimiento de la Sala Penal Transitoria de este Tribunal Supremo a raíz de la expedición de las Ejecutorias Supremas número 2728-2016/Huancavelica, de veintidós de enero de dos

mil dieciocho, y número 2688-2017/Cajamarca, de veintiuno de junio de dos mil dieciocho, así como la Sentencia Casatoria número 344-20178/Cajamarca, de cuatro de diciembre de dos mil ocho, expedida por la Sala Penal Permanente, para que se aborde en Pleno Casatorio la contradicción que representó la Sentencia Casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis. Segunda: el pronunciamiento de la convocatoria respectiva, mediante la resolución de convocatoria de tres de octubre último para la reunión preparatoria del día miércoles diecisiete de dicho mes, y la resolución general del mismo día diecisiete de octubre que ratificó la convocatoria al Pleno Jurisdiccional Casatorio.

En esta última resolución se fijó como puntos objeto de la presente sentencia plenaria casatoria, entre otro, los criterios que han de seguirse para la aplicación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias próximas entre los sujetos activo y pasivo, a cuyo efecto deberá abordarse, desde el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, (*i*) el examen de la pena básica fijada en el tipo penal respectivo, (*ii*) los presupuestos para fundamentar y determinar la pena del artículo 45 del Código Penal, (*iii*) los motivos relevantes para la individualización de la pena concreta establecidos en el artículo 45-A del Código Penal, (*iv*) las circunstancias respectivas conforme al artículo 46-A del citado Código, así como, en lo pertinente, (*v*) las causales de disminución de la punibilidad legalmente previstas y (*vi*) las reglas de reducción por bonificación procesal.

3.° La segunda etapa consistió: **a)** en la introducción de las ponencias por la comunidad jurídica, que culminó el día siete de noviembre de dos mil dieciocho –se presentaron un total de cuatro *amicus curiae*–; **b)** en la realización de la vista de la causa llevada a cabo el día antes indicado, en la que lamentablemente no asistieron el señor Fiscal Supremo, según comunicación del señor Fiscal de la Nación mediante oficio número 764-2018-MP-FN, de siete de noviembre del año en curso, ni los señores abogados acreditados por la Junta de Decanos de Colegios de Abogados del Perú mediante oficio número 63-2018-JUDECAP, de veintiséis de octubre de dos mil ocho; y, **c)** en la presentación de la ponencia escrita de los señores Jueces Supremos designados como ponentes, de fecha lunes diecinueve de noviembre.

Han presentado informes escritos como *amicus curiae*, los siguientes:

1. Juan Humberto Sánchez Córdova, abogado y docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
2. Brenda Ibette Álvarez Álvarez y Gabriela Jesús Oporto Patroni, por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMOSEX.
3. Ronald Alex Gamarra Herrera, por el Instituto Promoviendo Desarrollo Social – IPRODES.
4. Jesús Heradio Viza Ccalla, Fiscal Provincial Penal de Madre de Dios.

4.° La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número

conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar la presente Sentencia Plenaria Casatoria.
El resultado de la votación fue unánime. El señor Salas Arenas formuló consideraciones propias, según consta del voto adjunto.

5.° Esta Sentencia Plenaria Casatoria se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 433, apartados 3 y 4, del CPP, que autoriza a resolver una discrepancia de criterios y declarar, en su consecuencia, la doctrina jurisprudencial uniformadora sobre las materias objeto del Pleno Casatorio.

6.° Han sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, LECAROS CORNEJO y SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL. PENALIDAD Y EVOLUCIÓN*

7.° El delito de violación sexual en agravio de menores de edad siempre ha sido considerado como un tipo delictivo autónomo en la tipología de los delitos sexuales, y jurisprudencialmente se admitió –en concordancia con la doctrina científica– que el bien jurídico vulnerado era la indemnidad sexual y su adecuado proceso de formación. En este último punto, es de considerar que el Código Penal establece una presunción "*iure et de iure*" sobre la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles, y lo que implica que el menor es incapaz de autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España –en adelante, STSE– 266/2012, de tres de abril).
El texto originario del artículo 173 del Código Penal (abril de mil novecientos noventa y uno), en su inciso tercero, castigaba este delito, si la víctima tenía al momento de los hechos de diez años a menos de catorce años con pena privativa de libertad no menor de cinco años. Asimismo, si la edad del sujeto pasivo es de siete años y menor de diez, la sanción era de pena privativa de libertad no menor de ocho años; y, si la edad de la víctima era menor de siete años, la sanción era de pena privativa de libertad no menor de quince años (incisos 2 y 3 del indicado artículo del Código Penal).

8.° Este tipo penal ha sufrido numerosos cambios legislativos, tanto en su configuración típica cuanto en la previsión de las penas. En efecto, primero, se definió la conducta delictiva como la práctica de un "acto sexual u otro análogo", para luego, a partir de la Ley número 28251, de ocho de junio de 2004, se determinó como el "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". Y,

Segundo, en tanto se entendió que estos delitos, al afectar a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada (*i*) a su acentuada gravedad, (*ii*) a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y (*iii*) a la reforzada tutela que dichas personas requieren como víctimas de los mismos (STSE 95/2014, de veinte de febrero), y siguiendo la tendencia mundial de ampliar el ámbito de tutela penal en el marco de los delitos sexuales, se aumentó considerablemente la pena privativa de libertad.

Por tanto, criminológicamente, se entiende que los delitos de carácter sexual constituyen una de las manifestaciones criminales más censuradas por la sociedad; y, cuando se involucran a niños, el reproche social es aún mayor, pues existe la conciencia común de que las personas menores de edad requieren una protección mayor por su especial vulnerabilidad y que los autores de tales delitos actúan movidos por propósitos aún más abyectos [DÍAZ GÓMEZ/PARDO LLUCH: *Delitos sexuales y menores de edad. Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria*. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2017, número 19-11, p. 2].

Es así que, en un primer momento, se elevó la pena privativa de libertad de no menos de veinte ni más de treinta y cinco años (Ley número 28704, de cinco de abril de dos mil seis) –el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el inciso 3 de dicho artículo al comprender en este delito como sujetos pasivos a las personas de catorce años a no menos de dieciocho años: Sentencia del Tribunal Constitucional –en adelante, STC 8-2012-PI/TC, publicada el veinticuatro de enero de dos mil trece–; luego, se fijó como pena privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años (Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece); y, finalmente, se estatuyó que si la víctima es un menor de catorce años –se eliminó toda regulación y diferenciación etaria– la pena será de cadena perpetua (Ley número 30838, de cuatro de agosto de dos mil dieciocho).

El endurecimiento delictivo en el curso de los años es patente. El legislador se volcó a una reacción asegurativa que entendió más eficaz agravando las penas. Se ha producido, por lo menos, en esta área del Derecho penal, un viraje punitivo, un aumento de la punitividad [LAMAS LAITE, ANDRÉ: "*Nueva Penología*". En Revista InDret 2/2013, Barcelona, p. 3].

9.° Tan radical evolución en la conminación penal de los delitos contra la indemnidad sexual se explica en función a la grave alarma social de los mismos y al hecho de su cada vez más constante frecuencia, que los ha convertido en un verdadero problema de seguridad pública, en una pandemia social. La mayor sensibilidad social respecto de la vulnerabilidad de las niñas y niños afectados por estas conductas delictivas, la insuficiente atención por el Estado y la Sociedad a los efectos perniciosos en las víctimas, y la cada vez más intensa presencia de dichos delitos en los medios de comunicación social, determinó en los poderes públicos, desde su obligación constitucional enmarcada en el artículo 4 de la Ley Fundamental, una reacción punitiva muy intensiva. Éste, paralelamente, ha traído consigo una reacción de la

academia y, en menor medida, del sistema de justicia en la búsqueda de una mayor coherencia del ordenamiento jurídico penal –sin que, en el caso de los jueces, se incumpla con el principio de legalidad penal– a fin, de un lado, de configurar respuestas penales acordes con la realidad social e institucional del país; y, de otro, de privilegiar las medidas sociales y preventivas pertinentes –compensar en lo posible los déficits sociales–.

Empero, debe tomarse en consideración la especial vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes. Ello "*...está determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros*" (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso VRP, VPC y Otros v. Nicaragua, de ocho de marzo de dos mil dieciocho). Las niñas y los niños no han concluido aún su crecimiento y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico, y aun cuando el riesgo corresponde a los niños de ambos sexos, la violencia suelo tener un componente de género, como anotó el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General número 13, párrafo 72. El Estado, por consiguiente, ante la menor capacidad de juicio y de resistencia física de las niñas y los niños, tiene la carga de guardar especial celo en que las medidas que decidan y ejecuten deben tener en consideración el interés superior del niño, el cual siempre ha de tener precedencia en la actuación estatal (STC 1665-2014/PHC-TC, de veinticinco de agosto de dos mil quince). Los poderes públicos están comprometidos no solo a garantizar la debida protección de las niñas y los niños, sino también a asegurar su derecho de acceso a la justicia y de promover decisiones razonables por el órgano jurisdiccional en armonía con una legislación que tome en cuenta las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

§ 2. *PENAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL. CONMINACIÓN PENAL ABSTRACTA*

10.° La sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de fecha uno de junio de dos mil dieciséis, asumió como un principio indispensable del ordenamiento jurídico penal el de proporcionalidad. En aplicación de este principio y desde los sub-principios que lo informan –en especial, el de estricta proporcionalidad–, que vienen del Derecho Administrativo de Policía y que, luego, desde los Derechos Fundamentales, se incorporaron al Derecho Constitucional y, con él, a todo el ordenamiento –la sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o la privación de derechos fundamentales (conforme: HURTADO POZO, JOSÉ / PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Manual de Derecho Penal, Parte General – Tomo I*, 4ta. Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 28)–, pero empleándolos genéricamente, sin las particularidades propias del Derecho penal, estimó que la pena prevista cuando la víctima, al momento de los hechos, contaba entre diez años y catorce años de edad, de privación de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, era desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Asimismo, consideró que era del caso acudir, para la imposición de la pena concreta, a la regulación genérica de la pena privativa de libertad: de dos días a treinta y cinco años (artículo 29 del Código Penal).

11.° Sin duda alguna, y más allá (*i*) del principio de legalidad penal (artículo 2, numeral 24, literal 'd', de la Constitución) –en concordancia con los principios y derechos de la función jurisdiccional previstos en el artículo 139, numerales 9 y 11, de la Ley Fundamental: prohibición de analogía contra reo o *in malam partem* y aplicación de la ley penal más favorable en caso de duda o de conflicto entre leyes penales–, y (*ii*) del principio de culpabilidad, en cuya virtud se incorporan varios sub-principios que le otorgan consistencia: personalidad de las penas, que prohíbe castigar a alguien por un hecho ajeno; responsabilidad por el hecho, que exige un "Derecho penal de hecho" que proscribe castigar a una persona por el carácter o el modo de ser; responsabilidad subjetiva, que requiere que la responsabilidad se funda en que el autor actúe con dolo o imprudencia; y, culpabilidad en sentido estricto, que impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida: normal motivabilidad (conforme: MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal Parte General*, 8va. Edición, Editorial Repertor, Barcelona, 2008, pp. 123-124)–, de tal modo que el fundamento de la pena radica en la retribución de un injusto pero solo dentro de los límites de la responsabilidad personal del autor (conforme: OTTO, HARRO: *Manual de Derecho Penal*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2017, p. 34); (*iii*) el principio de proporcionalidad, si bien no está expresamente proclamado en la Constitución, constituye una exigencia implícita del principio del Estado de Derecho (artículos 43 y 44 de la Constitución), de suerte que la intensidad de las penas no debe ser desproporcionada en relación con la infracción (así: STSE 716/2014, de veintinueve de octubre).

Es de aclarar, por lo demás, que lo dispuesto en el artículo 139, numeral 22, de la Constitución, en cuanto establece como un principio que: "[…] *el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad*", no contiene un derecho fundamental –de tal principio no se derivan derechos subjetivos–, sino un mandato dirigido a los poderes públicos, cada uno en el ámbito de sus competencias, para orientar el régimen penitenciario –en función a la pena privativa de libertad– y, como tal, no puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes. No condiciona la posibilidad y la existencia misma de la pena a ese objetivo. Los fines reeducadores, rehabilitadores y de reincorporación no son los únicos objetivos admisibles de la privación de libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista (coincidente: Sentencias del Tribunal Constitucional de España –en adelante, STCE– 2/1987, de veintiuno de enero; 19/1988, de dieciséis de febrero; y, 160/2012, de veinte de septiembre).

Empero, tan puntual afirmación debe, en todo caso, relativizarse, en el entendido que la anatomía del sistema penal es dada por la ejecución penal –muy limitativo será este sistema cuando se apoya fundamentalmente en la utilización del condenado como instrumento de miedo y no como un ciudadano; la ejecución tiene como límite

inmanente el respeto a la dignidad de la persona humana [LAMAS LEITE, ANDRÉ: *Obra citada*, p. 50].

12.° No corresponde, en el actual estado de la ciencia penal y de las investigaciones empíricas, resolver judicialmente el sentido y el fin de la pena –que siempre es vista como una necesidad social para evitar males mayores–. Es claro también que el conjunto de reflexiones acerca de las concepciones absolutas y relativas de la pena no ha llegado a un punto final de consenso. Lo que sí puede concluirse, en un nivel muy alto de abstracción, es que (*i*) el Derecho Penal tiene un cometido, cual es el de procurar un procesamiento ordenado del conflicto que representa el quebramiento de la norma penal; y, desde su configuración práctica –de los fines individuales de la pena–, (*ii*) se ha de reconocer que el quebrantamiento del Derecho Penal –que genera un daño social– puede afectar a toda una serie de intereses legítimos, y que el intento de elaborarlo puede requerir la satisfacción de necesidades igualmente variadas –que pueden reflejarse en una cantidad de posibles fines de la pena– (Conforme: STRATENWERTH, GÜNTER: *Derecho Penal Parte General I El Hecho Punible*, 4ta. Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 49). Cuáles sean estas necesidades, depende en buena parte, en abstracto, (*i*) de la tipología de delitos –no es lo mismo, obviamente, según su dañosidad social y alarma social, un delito sexual que un delito de homicidio, corrupción o de terrorismo–, en los que priman diversos factores sociales, culturales, ideológicos, históricos, etcétera; y (*ii*), en concreto, de las circunstancias del caso particular –del nivel o entidad de la necesidad de pena–.

13.° En esta perspectiva, de la concordancia de los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal –con sus limitaciones–, siguiendo parcialmente la fuente colombiana (artículo 12 del Código Penal de Colombia), se entiende que el legislador penal reconoce las múltiples funciones que pueden tener las penas: (*i*) pena como retribución justa de la responsabilidad penal (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal); (*ii*) pena como prevención general; y, (*iii*) pena como prevención especial (artículo IX del Título Preliminar del Código Penal). Tan amplia perspectiva permitiría afirmar que, por lo menos legalmente, se ha impuesto las llamadas "teorías mixtas o de la unión", aunque no es del todo factible que se esté ante una aseveración concluyente.

Ahora bien, desde una dimensión temporal, pareciera adecuado partir de la denominada "teoría de los escalones", como la llama MÜLLER-DIETZ, en el sentido de reconocer el diferente peso específico que tienen los fines de la pena en sus diferentes momentos. Así, (*i*) en el momento de la amenaza penal, de las conminaciones penales –en clave de proporcionalidad abstracta–, tiene, en tanto no se hubiera producido un delito, una función exclusivamente preventivo general; en este estadio temprano, entre todas las formas de aparición de la prevención general solamente actúan el –escaso– efecto intimidador y el efecto de aprendizaje (de reglas elementales de ética social, de la enseñanza de comportamientos socialmente competentes); (*ii*) en el momento de la imposición de las sanciones pasan a primer

plano los puntos de vista de la prevención general y de la prevención especial por igual –mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de culpabilidad–; y, (*iii*) en el momento de la ejecución de la pena debería buscarse solo la resocialización (véase: ROXIN, CLAUS: *La teoría del delito en la discusión actual*. En: *Cambios en la teoría de los fines de la pena*, Tomo I, Editorial Grijley, Lima, 2016, pp. 91-93).
En esta perspectiva puede invocarse la STC 12-2010/PI-TC, de once de noviembre de dos mil once, que señaló, en el caso de los delitos sexuales, como bienes constitucionales destinados a ser optimizados: (*i*) la desmotivación de la comisión del delito de violación sexual de menores, y (*ii*) la generación de confianza en la población en el sistema penal respecto del cumplimiento de las penas [que son, por cierto, aunque no se diga, criterios preventivo generales]. Es claro, por lo demás, que tal invocación sirve, preponderantemente, en el momento de la conminación penal, no de la ejecución penal –como se plantea en ese fallo– en la que ha de primar –sin demanda de exclusividad, por cierto– el principio de prevención especial.

14.° Respecto del principio de proporcionalidad, empero, es de apuntar que no resuelve ninguno de los dilemas que hoy divide a la ciencia penal, aunque sí explica todo aquello en los que existe acuerdo –entre otros, no permite inclinar la balanza en favor de quienes optan por una u otra teoría de la pena ni proporciona, en fin, criterio decisivo alguno acerca de por qué una conducta se castiga con pena más severa que otra–. Ello (*i*) se debe a que tratándose, sin duda, de un principio constitucional, se trata de eso, de un principio abstracto y no de una norma en el sentido que les asigna respectivamente el constitucionalista ROBERT ALEXY –es, por cierto, un criterio muy vago decir que el legislador ordinario solo lo viola cuando existe una clara desproporción entre acción y respuesta–; y, (*ii*) explica por qué la jurisdicción constitucional se abstiene en muchos casos de declarar la inconstitucionalidad de tipos penales, y es respetuoso con el legislador ordinario y la soberanía popular, así como también busca "ponerse de acuerdo con el legislador" cuando los márgenes de discrecionalidad concedido al legislador son muy amplios (conforme: CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *El Derecho Penal Español – Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pp. 119-120).
El legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y dirección de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos (STCE 55/1996, de veintiocho de marzo, fundamento jurídico 6to.).

15.° El principio de proporcionalidad, en el Derecho penal, en sentido amplio, despliega sus efectos fundamentalmente en la selección de la zona penal, es decir, de la clase de conductas que han de configurarse como delitos; y, en sentido estricto, opera primordialmente en la puesta en relación de esas conductas con las

consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas de seguridad, y que a su vez se proyecta en la fijación legislativa de éstas, y dentro de ella y de cada delito, en su determinación concreta por el Juez al aplicar la Ley –dos momentos que, por lo demás, plantean problemas distintos– [BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO y OTROS: *Curso de Derecho Penal – Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p.74].

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, visto genéricamente, rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste desde su significación global –es decir, relación entre la gravedad del injusto y la de la pena–. Este principio tiene, en consecuencia, un doble destinatario: el poder legislativo –que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito– y el poder judicial –las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste– (así: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos,* Editorial INPECCP – CEURA – Jurista Editores, Lima, 2009, pp. 528-529).

El juicio de ponderación que ha de realizarse sin duda no ha de atenerse exclusivamente (*i*) a la gravedad intrínseca del hecho por el grado de desvalor del resultado y de la acción (número y entidad de los bienes jurídicos afectados, relevancia del daño ocasionado, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención del autor, etcétera); sino también, (*ii*) a la gravedad extrínseca de aquél, esto es, al peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, extremo que puede incluirse en el desvalor objetivo de la acción, si bien debe evaluarse con prudencia (ver: LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Derecho Penal – Parte General*, 3ra. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2016, p. 93). En el juicio de proporcionalidad, asimismo, debe tomarse en cuenta (*iii*) el criterio de finalidad de tutela de la norma –fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión (en palabras, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 136/1999, de veinte de julio)–, al punto que incluso este último criterio, como dicen COBO DEL ROSAL – VIVES ANTÓN, puede prevalecer sobre el de la gravedad del injusto, si, en el caso concreto, las respectivas exigencias de uno u otro criterio fuesen antagónicas (*Derecho Penal – Parte General*, 4ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 80).

La pena, pues, debe responder conjuntamente a la gravedad del injusto cometido (responsabilidad por el propio hecho) y a las necesidades sociales de pena que pueda existir al momento de su imposición y durante su ejecución; y, al confirmar los valores de convivencia que dan lugar a la norma de conducta infringida, expresa un reproche de contenido ético-social (conforme: MEINI, IVÁN: *La pena: función y presupuestos*. En: Revista Derecho PUCP, n.° 71, Lima, 2013, p. 157).

16.° Entonces, metodológicamente, como se precisó, por ejemplo, en la STCE 136/1999, de veinte de julio, cabría examinar la proporcionalidad de una reacción penal desde tres perspectivas:

1. Desde su idoneidad, el tipo penal ha de procurar la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución.

2. Desde su necesidad, la pena ha de permitir alcanzar fines de protección –una pena será innecesaria, entones, cuando a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador.

3. Desde su estricta proporcionalidad, la norma debe guardar equilibrio entre la entidad del delito y la entidad de la pena; no lo será, desde luego, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa.

17.° No obstante ello, siempre es de tener en cuenta, como pauta general, que el legislador goza de la potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de esta potestad, el legislador goza, dentro de los límites constitucionales (respeto del valor justicia propio de un Estado Constitucional y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona: STCE 55/1996, de veintiocho de marzo), de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y ha de atender no solo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de sus destinatarios –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etcétera–. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena (véase: STCE 161/1997, de dos de octubre).

En esta perspectiva el principio de proporcionalidad, incluso, debe tener en cuenta, amén de la idea de prevención, la gravedad del comportamiento y la importancia de

los bienes protegidos, así como las percepciones sociales a la adecuación entre delito y pena (conforme: STSE de 25 de abril de 2001).

18.° En el presente caso, las penas previstas para el delito de violación sexual de menor de edad, sin duda, son gravísimas, al punto que hoy en día está vigente para toda modalidad de violación sexual a menor de edad la pena de cadena perpetua. Extraña, por cierto, una reacción penal tan drástica, que excluya, como eje punitivo, la presencia legal de "circunstancias extraordinarias" para imponer la cadena perpetua –la pena más grave del sistema penal y, por tanto, de aplicación limitada las conductas más atroces–.

Para matizar tan radical posición, sin duda, está, de un lado, (*i*) el recurso, en el caso concreto, a la interpretación de la ley penal ordinaria conforme a la Constitución –el deber judicial de interpretación conforme a la Constitución se fundamenta sobre todo con dos argumentos: unidad del ordenamiento jurídico y la primacía de la Constitución sobre la ley ordinaria, y opción por una interpretación conforme a la Constitución (que no se inaplique la ley) deriva del debido respeto a la decisión del legislador, la cual, a ser posible, se debe mantener (KUHLEN, LOTHAR: *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 33-34)–; y, de otro lado, (*ii*) toda la lógica de fijación específica de la pena a partir del conjunto de las reglas de aplicación judicial de la misma, que el Código Penal contempla. Al respecto, la STSE 596/2017, de diecisiete de julio, acotó que dentro del marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concilie en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que se desprendan del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código Penal.

19.° En tal virtud, no es posible negar que en la sociedad actual la violación sexual de menores de edad es considerada una lacra tan lacerante, unida a su rechazo masivo por la población, que ha determinado al legislador, consecutivamente, a una constante progresividad en la gravedad de las penas legalmente conminadas –el legislador, en estos casos, trata de prevenir los daños que estos delitos generan a la niñez–. Como ya se expuso, la Corte Suprema no puede, para establecer la ilegitimidad de una pena, tomar como referencia una pena exacta –la fijada para el delito de homicidio y sus formas agravadas, por ejemplo– que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Constitución no contiene criterios de los que puede inferirse esa medida.

Asimismo, el conjunto de baremos para fijar la pena básica o abstracta, señalados en el fundamento jurídico quince, segundo párrafo, son de tal dimensión o expresión en el delito de violación sexual de menores de edad –su reiteración y el estado de especial vulnerabilidad de las víctimas, unido a su afectación en todos los niveles, psíquicos,

sociales y culturales a las niñas y niños (lesión a su normal desarrollo sexual: nocividad social del hecho)–, que, por lo menos, no es posible negar que existan razones que justifiquen la opción del legislador vulnere el principio de proporcionalidad.

El problema no está, pues, en la proporcionalidad abstracta, que la sentencia vinculante examinada ha destacado de modo absoluto y que, por tanto, no puede aceptarse.

§ 3. *APLICACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD*

∞ A. ASPECTOS GENERALES

20.º El Código Penal, en el Capítulo II "Aplicación de la pena", con los cambios operados a partir de las Leyes 30364, de veintitrés de noviembre de dos mil quince, y 30076, de dieciocho de agosto de dos mil trece, y de los Decretos-Legislativos número 1237, de veintiséis de septiembre de dos mil quince, y número 1323, de seis de enero de dos mil diecisiete, instituyó un sistema de aplicación de la pena –que se traduce en criterios objetivos de valoración para su aplicación y determinación– en función (*i*) a unos presupuestos para la fundamentación y determinación de la pena (artículo 45), y (*ii*) a unos criterios o factores para la determinación de la pena (artículo 45-A). En este último caso, reunió un conjunto de circunstancias de atenuación y de agravación genéricas (artículo 46) e incorporó una relación de circunstancias de agravación cualificadas (artículos 46-A al 46-E). Además, el legislador en otros capítulos del Título II del Libro Primero, Parte General del citado Código, tomó en cuenta *a*) las causales de disminución o incremento de punibilidad (por ejemplo, eximentes imperfectas –artículo 21–, tentativa –artículo 16–, complicidad secundaria –artículo 25, segundo párrafo–, errores vencibles –artículos 14 y 15–, omisión impropia –artículo 13– y concurso de delitos –artículos 48 a 51–; y, de otro lado, en el Código Procesal Penal incorporó *b*) las reglas de reducción por bonificación procesal (confesión sincera –artículo 161 del Código Procesal Penal–, de terminación anticipada del proceso –artículo 471 del Código Procesal Penal–, colaboración eficaz –artículo 474.2 del Código Procesal Penal– y de conformidad procesal –Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, de dieciocho de julio de dos mil ocho–).

Todos estos preceptos, al igual que los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, guían el proceso integral de aplicación de la pena. Éste no se abandona al libre arbitrio judicial, pues el juez debe respetar las pautas legales establecidas en nuestro Ordenamiento –que a final de cuentas apunta a concordar la decisión sancionadora con los principios de culpabilidad y proporcionalidad y los fines retributivos y preventivos de la pena–. Es indudable que el actual sistema, en comparación con el originario del Código Penal, otorga menos margen de discrecionalidad, pero también impone menos ámbito para la arbitrariedad (conforme: ORÉ SOSA, EDUARDO: *Determinación judicial de la pena. Reincidencia y*

Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076. [En: htpp://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_03.pdf. Consultado el 20-11-2018]. Se trata, en buena cuenta, de una discrecionalidad judicial vinculada, no libre, que a su vez es materia de control a través del deber de motivación –que consiste en la explicación argumentada de la correcta aplicación, en el caso concreto de los criterios de la ley (MANTOVANI, FERRANDO: *Los principios del Derecho Penal*, Ediciones Legales, 1ra. Edición en Español, Lima, 2015, p. 597)–.

21.° El artículo 45 del Código Penal, bajo el epígrafe "Presupuestos para fundamentar y determinar la pena", reúne tres criterios o cánones que han de permitir al juez justificar y delimitar la pena que debe imponerse a la persona en concreto, y que van guiar tanto el proceso de determinación o estipulación legal de la pena como el proceso de individualización judicial de la pena. Dentro del respeto del principio de la responsabilidad o culpabilidad por el hecho –propiamente, del grado de responsabilidad o culpabilidad– como marco de la pena, de la que no es posible sobrepasar (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal), se ha de tomar en consideración, de un lado, las carencias sociales del agente delictivo, y su cultura y sus costumbres; y, de otro, los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y, en especial, su situación de vulnerabilidad –son criterios o cánones que permiten una intensidad de respuesta punitiva variable y, según los casos, pueden ir en direcciones diversas: agravar o atenuar la calidad y cantidad de pena–.
Esta disposición legal permite, entonces, no solo individualizar la pena dentro de las reglas de los artículos 45-A y 46 del Código Penal –según el sistema de tercios instaurado–, sino también, en una perspectiva amplia, la aplicación de un sustitutivo (conversiones) o de una medida alternativa (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, etcétera), así como la fijación de los plazos para el pago de la multa y otras (Conforme: ORÉ SOSA, EDUARDO, *Artículo citado*. Parcialmente: HURTADO POZO, JOSÉ: *El principio de legalidad, la relación de causalidad y a la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal*. [En: www.cervantesvirtual.com/obra/el-principio-de-la-legalidad-la-relación-de-causalidad-y-la-culpabilidad-reflexiones-sobre-la-dogmática-penal-p44/. Consultado el 20-11-2018]. CARO CORIA, DINO CARLOS: *Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal Peruano*, Lima, 2005 [En: http://ccfirma.com/wp-content/up/uploads/2017/11/IJP-Carlos-Caro.pdf. Consultado el 20-11-2018].
Es de aclarar que el Decreto Legislativo número 1237, de veintiséis de septiembre de dos mil quince, instituyó como una circunstancia agravante genérica: "*Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función*", pero, con posterioridad, la Ley número 30364, de veintitrés de noviembre de dos mil quince –menos de dos meses después del primer dispositivo legal–, incorporó esta cláusula –que traduce formas de prevalimiento– como un

criterio o canon para fundamentar y determinar la pena, y no como una circunstancia agravante genérica.

22.° El artículo 45-A del Código Penal fija los diversos niveles o pasos sucesivos y concatenados los unos con los otros para individualizar la pena. El segundo parágrafo de dicho precepto introduce tres directivas precisas, de obligatorio cumplimiento:
1. La determinación de la pena se establece dentro de los límites fijados por la ley. La ley –entendida como la legislación en su conjunto–, entonces, es el marco de referencia y criterio obligatorio para individualizar la pena. La respuesta punitiva, en lo concerniente a la calidad y cantidad de pena, no puede infringir las reglas jurídico-penales pertinentes; debe respetar sus límites y el juez ha de seguir las orientaciones jurídicas correspondientes, legalmente definidas.
2. El juez atiende, a estos efectos, a la responsabilidad y a la gravedad del hecho punible cometido. Esto significa que ha de valorar razonablemente los criterios vinculados a los elementos del injusto graduable y al grado de culpabilidad del autor en función al hecho punible cometido. Es, pues, un caso de discrecionalidad judicial reglada.
3. Se excluyen todos aquellos elementos o circunstancias que no sean específicamente constitutivos del delito o modificatorios de la responsabilidad. Con ello se evita la doble valoración, conocida como "principio de la inherencia", en cuya virtud no se pueden tomar en consideración aquellos elementos o circunstancias de mayor o menor punibilidad que ya han sido previstos como tales al redactar el respectivo precepto penal (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho Penal – Parte General*, Ed. Comlibros, Medellín, 2009, pp. 1134-1135).

23.° El tercer parágrafo del artículo 45-A del Código Penal identifica dos grandes etapas para individualizar la pena.
1. La primera etapa, conforme al numeral 1) del citado parágrafo y artículo, está referida a la identificación de la pena básica –pena legal abstracta–; esto es, la pena legalmente conminada por el tipo penal respectivo –que a menudo tiene un límite inicial y un límite final–. El cariz de esta etapa es básicamente legalista. El legislador señala en la Parte Especial con carácter general para cada delito tanto la clase de pena como el *quantum* asignado a la misma, fijando de este modo el marco penal abstracto dirigido al autor de la infracción penal consumada, que constituye el modelo de partida (GRACIA MARTÍN, LUIS y OTROS: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 109).
Una variación dentro de esta primera etapa, más compleja sin duda, que avanza hacia una concreción legal relativa, se presenta (***i***) en los casos de penas alternativas, de suerte que corresponde al juez establecer cuál de ellas es la que debe asumirse; y, (***ii***) en los supuestos en que concurran al hecho punible causales de disminución o incremento de punibilidad –éstas son intrínsecas al delito desde su presencia plural, desde la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas, o desde el grado de realización y niveles de intervención delictiva–, cuyo efecto es disminuir o

incrementar la pena legalmente prevista para el tipo delictivo (crea un nueva conminación penal), no atenuarla o agravarla como lo son las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Ahora bien, esta pena básica, a su vez, se divide en tres partes (sistema de tercios): tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior.

2. La segunda etapa, conforme al numeral 2) del referido tercer parágrafo y artículo 45-A del Código Penal, está circunscripta a la individualización de la pena concreta, que finaliza en una pena absolutamente concreta o definitiva, una pena sin márgenes ni marcos penales, una pena, por lo tanto, exacta (GRACIA MARTÍN, LUIS: *Obra citada*, p. 110). La individualización tiene como eje la evaluación de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, y la incorporación de reglas, en orden al sistema de tercios, que determinarán, primero, la concreción de la pena dentro uno de los tres tercios reconocidos legalmente: inferior, intermedio o superior; y, segundo, en la pena exacta o final. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad están descriptas, entre otros, en el artículo 46 del Código Penal.

Las circunstancias se definen como aquellos hechos o elementos accidentales, accesorios, que están alrededor del delito, en torno al mismo o fuera de él, e implican la idea de accesoriedad, a la par que adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Tales elementos no son necesarios para la existencia del delito, pero inciden sobre su gravedad e interesan como índices de la capacidad de delinquir del sujeto, comportando una modificación, cuantitativa o cualitativa, de la pena (MANTOVANI, FERRANDO: *Obra citada*, p. 345).

El artículo 46 del Código Penal incorporó un listado preciso, taxativo, de (***i***) circunstancias genéricas, atenuantes o agravantes –que, como tales, operan en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito, y respetan su marco penológico–, así como otro de (***ii***) circunstancias agravantes cualificadas (artículos 46-A al 46-D) –que configuran un nuevo marco punitivo, más grave– (véase: Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116, de dieciocho de julio de dos mil ocho). De otro lado, es de acotar que las (***iii***) circunstancias específicas están ubicadas en la Parte Especial del Código Penal, se encuentran adscritas a un delito específico y fijan una pena específicamente conminada. El Código Penal, por lo demás, no recoge –pese a que debiera– (***iv***) circunstancias atenuantes privilegiadas –los Anteproyectos y Proyectos de Código Penal de 2008/2010 y de 2014/2015, respectivamente, acogían como tal circunstancia cuando: "*la afectación del bien jurídico producida por el delito sea leve*"– (Así: PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Consecuencias jurídicas del delito*, Editorial IDEMSA, Lima, 2016, pp. 203, 205, 239 y 245-248).

Culmina esta última etapa, siempre que concurran, con la aplicación de las reglas de reducción de la pena por bonificación procesal. Tratándose, por ejemplo, de confesión sincera, el juez tiene el arbitrio de disminuir la pena hasta en una tercer parte por debajo del mínimo legal (artículo 161 del Código Procesal Penal); y, en el supuesto

de sentencia anticipada, el agente delictivo recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte (artículo 471 del Código Procesal Penal).

24.° Cabe señalar que este Supremo Tribunal, desde el Derecho Internacional convencional, tiene reconocido dos causales de disminución de punibilidad supra legales –sin que pueda negarse el análisis y aplicación, en lo pertinente, de la Convención 169 de la OIT "Convenio sobre pueblos indígenas y tribales", de 27 de junio de mil novecientos ochenta y nueve, en especial los artículos 8 a 10–.

1. El interés superior del niño, conforme al artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Si imputado y agraviada forman ya una unidad familiar estable y tienen hijos menores de edad, y el primero cumple efectivamente con sus obligaciones de padre, se tiene que la culpabilidad por el hecho disminuye sensiblemente y debe operar, siempre, disminuyéndose la pena por debajo del mínimo legal. Así lo declaró la Ejecutoria Suprema 761-2018/Apurímac, de veinticuatro de mayo último.

2. Las dilaciones indebidas y extraordinarias en la tramitación del procedimiento penal, conforme al artículo 8, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho, como se sabe, tiene como finalidad evitar que los encausados o procesados permanezcan largo tiempo bajo imputación o acusación, según el caso, y asegurar que ésta se decida prontamente (SCIDH Suarez Rosero vs. Ecuador, de doce de noviembre de mil novecientos noventa y siete, párrafo 70). A fin de dar eficacia a este derecho fundamental, corresponde compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado mediante la aplicación de esta causa de disminución de punibilidad supra legal –a fin de mantener la proporcionalidad de la pena, que debe ser paralela a la culpabilidad, y la disminución del merecimiento de pena por el dilatado tiempo transcurrido sin dictar sentencia definitiva–. Para ello se requiere, en tanto concepto abierto o indeterminado, "*…comprobar, caso por caso, si ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes*" (STSE 601/2013, de once de julio). También debe atenerse a la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo (SCIDH Furlan y Familiares vs. Argentina, de treinta y uno de agosto de dos mil doce, párrafos 149-150). Así lo declaró este Tribunal Supremo, amparándose en la STEDH Eckle vs. Alemania, de quince de julio de mil novecientos ochenta y dos, en las Ejecutorias Supremas 4674-2005/Lima, de veintiocho de febrero de dos mil siete, y 709-2008/Lima, de veintisiete de enero de dos mil diez.

∞ B. ASPECTOS ESPECÍFICOS

25.° La sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis, objeto de examen plenario, a los efectos de "*…determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos* –edad de la víctima cercana a los catorce años de edad, minoría relativa de edad del agente delictivo y relación sentimental entre ambos–", aplicó lo que denominó "control de proporcionalidad de la atenuación" y ponderó cuatro componentes, que tituló "factores": **1.** Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, en que medió consentimiento de parte de la agraviada. **2.** Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años de edad –la víctima, en el caso concreto, contaba con trece años y veinticinco días de edad–. **3.** Afectación psicológica mínima de la víctima –la pericia psicológica no ha de comprobar daño psicológico alguno–. **4.** Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo –en ese caso existía una diferencia de seis años de edad entre ambos: ella trece años y él diecinueve años–.

26.° Sin embargo, la inclusión de estos "factores" y la mención a un "control de proporcionalidad de la atenuación" no son de recibo. Primero, porque la ley –el artículo 46 del Código Penal– estipuló las circunstancias a las que irremediablemente el juez debe acudir para determinar la pena concreta aplicable al condenado dentro del sistema de tercios estatuido por el artículo 45-B del citado Código. Segundo, porque, igualmente, la ley –en un sentido amplio– es la que fija las causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación procesal. No es posible, por consiguiente, crear pretorianamente circunstancias, causales de disminución de punibilidad o reglas por bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria) –sin fundamento jurídico expreso–, tanto más si el principio de legalidad penal impide resultados interpretativos contrarios o no acordes con el Ordenamiento.

Ahora bien, determinado el tercio de la pena aplicable (inferior, intermedio o superior), la individualización concreta dentro del tercio que corresponda debe (*i*) asumir los lineamientos fijados por el artículo 45 del Código Penal, (*ii*) mensurar la entidad de cada circunstancia aplicable, así como (*iii*) incorporar criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en orden a la gravedad del hecho y a la condición personal del agente delictivo –responsabilidad por el hecho–, esto es, criterios de prevención general o especial y también de índole retributiva basada en la culpabilidad por el hecho.

La gravedad del hecho se refiere –no a la gravedad del delito, ya contemplada por el legislador para fijar la conminación punitiva– a aquellas situaciones fácticas, de todo orden, que el juez ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando. La condición personal del delincuente está integrada por aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar la individualización penológica (conforme:

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS – Coordinador: *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, 2da. Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2007, pp. 205-206).
La pena, a final de cuentas, debe ser la justa compensación al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad intrínseca del delito (conforme: STSE 1948/2002, de dieciocho de septiembre). O, desde una perspectiva más amplia, la gravedad y consecuencias del hecho, la personalidad del autor y su reinserción bajo la consideración de los fines de la pena, resultan decisivos para la clase y magnitud de la sanción (así: BGH 20, 2214 [216]).
Es aquí donde la individualización de la pena atiende al concepto de lo proporcionado, en cuya virtud debe atenderse no solo a los márgenes legalmente establecidos sino también a todos los factores concurrentes en el hecho, sin descuidar que la proporcionalidad hoy en día también se utiliza como criterio de interpretación teleológica de los preceptos penales. A lo que obliga el principio de proporcionalidad es, en el ámbito de las penas, a un análisis que tenga en cuenta todas las finalidades, todos los criterios, no sólo como postulado meramente descriptivo; que tome en cuenta, sí, aquélla o aquél que pueda parecer más destacado en el caso concreto, pero analizando también en qué medida pueden entrar en juego otras u otros [DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO: *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia*, Editorial Civitas, Pamplona, 2008, pp. 307, 316 y 317].

27.° Los "factores" indicados en la sentencia vinculante examinada, en sus propios términos, tampoco son de recibo para aplicarlos imperativamente.
1. El consentimiento de la agraviada, de hecho, está excluido en razón al propio alcance del bien jurídico tutelado y el hecho de que el agente delictivo dolosamente hizo sufrir a la víctima el acceso carnal, quien por su propia edad –su desarrollo no solo físico sino mental y el contexto social– no está en condiciones de aceptar una relación sexual temprana –claro que el ataque sexual será más grave si el sujeto activo agrede o amenaza a la víctima, y más aún si la somete a un trato especialmente vejatorio–.
2. La proximidad de la víctima a los catorce años, al contemplar únicamente un dato físico en la evolución de una niña o niño, conlleva el riesgo de asumir una justificación basada en estereotipos o prejuicios obviando los patrones socioculturales que interactúan, y con ello a "formalizar" reglas de impunidad y descuidar el análisis integral de los acontecimientos, tales como la presencia de un ambiente de coerción e incluso de aislamiento creado por el agresor, las relaciones de poder a las que la víctima está sometida –condicionantes socioculturales–, y la situación de ausencia de un eficaz apoyo familiar o de desavenencias ocasionadas por diversos motivos en el marco de hogares disfuncionales.
3. La afectación psicológica mínima no tiene una evidencia empírica contrastable. Ésta se presenta de diversas formas y en períodos de tiempo variables –no necesariamente en el mismo momento o próximo al evento criminal–, pero siempre perjudican el desarrollo integral de las víctimas –someter a una niña o niño a una

actividad sexual temprana desde luego que vulnera el debido y libre desarrollo de su personalidad–.

4. La diferencia etaria entre la víctima y el victimario debe asumirse con el cuidado y prudencia debida, así como los posibles vínculos sentimentales entre ambos en razón a la vulnerabilidad en que se encuentran los niños y las niñas –la naturaleza de la relación es independiente del propio hecho del acceso carnal a una niña o niño–. Criminológicamente, cuando existe una diferencia de edad entre sujeto activo y sujeto pasivo, que generalmente se fija en cinco años, ésta impide el mantenimiento de relaciones sexuales en condiciones igualitarias, viciando la capacidad del menor para comprender plenamente las implicaciones de su decisión; además, ello importa someter a la víctima, instrumentalizarla como objeto sexual para satisfacer los deseos del agresor [DÍAZ GÓMEZ/PARDO LLUCH, *Obra citada*, p. 6].

Es claro, de otro lado, que la minoría relativa de edad del imputado es una causal de disminución de la punibilidad y no puede excluirse en función del hecho punible perpetrado –el Acuerdo Plenario número 4-2006/CJ-116, publicado el diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, así lo contempló; y, ha sido ratificado, entre otras, por la sentencia casatoria 1672-2017/Puno, de dieciocho de octubre del año en curso, y la sentencia casatoria 214-2017/El Santa, de ocho de noviembre del presente año–, pero las características individuales de la víctima no autorizan, en sí mismas y por lo anteriormente expuesto, a una imperativa respuesta punitiva menos intensa.

28.° Un cambio importante en la aplicación de la pena está vinculado a la entrada en vigor de la Ley modificatoria número 30838, de cuatro de agosto del presente año, que estatuyó que la pena para estos delitos, cometidos en agravio de un menor de catorce años, es la de cadena perpetua –revisable por cierto cuando el condenado cumplió treinta y cinco años de privación de libertad, que expresa tanto su configuración desde una perspectiva resocializadora como la consagración en la ley una lógica excarceladora: presupuestos legales y procedimiento correspondiente (artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, agregado por el Decreto Legislativo 921, de dieciocho de enero de dos mil tres)–. El legislador ha considerado, desde luego, que la indemnidad sexual es uno de los bienes jurídicos más importantes –de mayor rango– y, por ello, el Estado debe responder con una firmeza extraordinaria.

29°. Es verdad que, en este tipo delictivo, se está ante una conminación penal absoluta –admitida desde consideraciones de prevención general –aunque siempre con ayudas resocializadoras y la oportunidad de reintegración social (conforme: ROXIN, CLAUS: En: *Sesenta años de Ley Fundamental Alemana desde la perspectiva del Derecho Penal. Obra Citada*, Tomo II, pp. 414-415)–, pero también es cierto que es posible reconocer, e imponer, ante situaciones excepcionales –como en su día resolvió el Tribunal Supremo Alemán: BGH GS 30, 105–, una pena privativa de libertad temporal, aunque de uno u otro modo esencialmente grave (artículo 29 del Código Penal).

La excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho una causa de disminución de punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando se presentan circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena –aunque en este caso, obviamente, la respuesta punitiva será mayor que en el primer supuesto y su aplicación tendrá lugar en casos especialmente singulares o extraordinarios–. Pueden servir para ubicar estas situaciones extraordinarias el desarrollo psicológico concreto del agente –su historia personal desde el prisma de exámenes psicológicos especialmente rigurosos–, y, entre otros, los condicionantes sociales extremos que padeció –acreditados con pericias o informes sociales fundamentados que razonablemente expresen un nivel de sociabilidad diferenciado y complejo–, de suerte que permitan reducir sensiblemente la necesidad y, en su caso, el merecimiento de pena.

III. DECISIÓN

30.° En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal:

ACORDARON

31.° DECLARAR SIN EFECTO el carácter vinculante de la disposición establecida por la Sentencia Casatoria número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis.

32.° ESTABLECER como doctrina legal, al amparo de los criterios expuestos en los fundamentos precedentes –que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos–, los siguientes lineamientos jurídicos:

A. El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional. No existen razones definitivas o concluyentes, desde el principio de proporcionalidad, para estimar que la pena legalmente prevista para el delito de violación sexual de menores de edad no puede ser impuesta por los jueces penales.

B. Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. En tal virtud, debe seguir las directivas establecidas en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado Código; y, los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización de la pena (párrafos 21-14). Éstas expresan las reglas, de rango ordinario, que afirman los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad propios del Derecho penal en su relación con el Derecho

constitucional. El párrafo 26 de esta sentencia plenaria debe tomarse en especial consideración.

C. No son aplicables los denominados "factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación". Éstos no se corresponden con las exigencias jurídicas que guían la aplicación, determinación y aplicación de las penas. La ley penal y el conjunto del Derecho objetivo tienen previstas las reglas respectivas, ya indicadas en el párrafo anterior.

D. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales. Al respecto, es de tener presente el párrafo 29 de esta Sentencia Plenaria.

33.° PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen el carácter de vinculantes y, por consiguiente, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias.

34.° PUBLICAR la presente Sentencia Plenaria Casatoria en la Página Web del Poder Judicial y en el diario oficial *El Peruano* y en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

QUINTANILLA CHACÓN

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

SEQUEIROS VARGAS

PILAR ROXANA SALAS CAMPOS
SECRETARIA SALA PENAL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

PODER JUDICIAL

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA

BERMEJO RÍOS

PILAR ROXANA SALAS CAMPOS
SECRETARIA SALA PENAL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

PODER JUDICIAL

§ 1. CRITERIOS INDIVIDUALES DEL JUEZ SALAS ARENAS RESPECTO A LA PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DE LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS ENTRE UNA MENOR PRÓXIMA A CUMPLIR LOS 14 AÑOS DE EDAD Y CUANDO EL AGENTE SE HALLA CERCANO AL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

A. ASPECTOS GENERALES

1° El principio de proporcionalidad señalado en el artículo VIII, del Título Preliminar del Código Penal, se contrae a que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. A su vez este principio constitucional está conformado por tres subprincipios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.
Al respecto, CHOCLÁN MONTALVO (1997: 89-90), destaca la idea de la responsabilidad por la propia acción y la proporcionalidad de la pena por el hecho cometido (que conforma el contenido de la función limitadora del principio que está llamado a cumplir el principio de culpabilidad). A decir del indicado autor, el respeto a la dignidad de la persona requiere que el penado no sea usado como instrumento al servicio de fines que aunque útiles socialmente, para la generalidad, no tengan en cuenta la previa comisión del hecho punible por el agente, respecto de quien se presume su libertad de voluntad. Además, precisa que la función de la pena no es con arreglo al texto constitucional exclusivamente resocializadora lo que permite el juego de otros fines también legitimados en el modelo de Estado que define la constitución política.

2° La restricción de responsabilidad por la edad está descrita en el artículo 22 del Código Penal (en adelante CP), cabe indicar que en dicha norma se señala que podrá reducirse prudencialmente la pena cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, mientras que en el segundo párrafo, se excluye de la restricción al agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua (modificado por el Decreto Legislativo 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince). Sobre el particular esta Suprema Instancia ya se pronunció e indicó que el grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón de su edad no está en función directa del delito cometido (Acuerdo Plenario número 4-2016/CJ-116), por lo que al no estar debidamente justificada la restricción corresponderá a los jueces someter la norma al control difuso dependiendo del caso.

B. ASPECTOS ESPECÍFICOS

3° En la sentencia casatoria 335-2015/El Santa de uno de junio de dos mil dieciséis (objeto de examen), para determinar la pena concreta se tomó en cuenta cuatro

factores: **1.** Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual con la menor, puesto que medió consentimiento. **2.** Proximidad del sujeto pasivo a los catorce años de edad (la víctima contaba con trece años y veinticinco días). **3.** Afectación psicológica mínima de la víctima (en la pericia realizada no se ha de comprobar daño psicológico alguno). **4.** Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo (seis años de distancia entre ambos, ella con trece y él con diecinueve). Además se consideró necesario acudir al artículo 29 del CP (regulación genérica de la pena, que establece que la pena privativa de libertad temporal será de dos días hasta treinta y cinco años).

4° El tipo penal sólo exige que el sujeto pasivo sea menor de catorce años, por lo que los factores descritos en la casación del Santa no son de recibo dado que el parlamento estableció las circunstancias a tomar en cuenta por el juzgador para determinar la pena (artículos 45, 45-B y 46 del CP), y en segundo lugar, dichos factores no podrían servir para reducir la penas hasta la dimensión fijada (cinco años de privación de la libertad) acudiendo al otro espacio punitivo genérico del artículo veintinueve del CP (penas temporales de dos días a treinta y cinco años).

5° Cabe señalar que en el voto singular emitido en la Ejecutoria Suprema (recaída en el Recurso de nulidad número dos mil treinta y seis guion dos mil quince de veintisiete de abril de dos mil diecisiete. Bajo la ponencia del juez supremo Salas Arenas) se precisó, que la cuestión conflictiva surge al considerar la responsabilidad restringida del agente y la aparente relación afectiva entre imputado y víctima; el primero, dentro del rango etario de maduración incompleta del cortex prefrontal (las neurociencias aportan explicaciones de la conducta en términos de actividad cerebral) que organiza el pensamiento complejo y permite a cada persona distinguir lo bueno de lo malo, para escoger idóneamente entre trasgredir o no la prohibición penal y aquejado por el notorio influjo hormonal de la edad; y, la segunda, en la transición de la niñez a la adolescencia en una situación más intensa a la mencionada, dada la menor maduración como para decidir con solvencia sobre su sexualidad.

6° Establecido el problema concerniente a la proporción de la sanción, que es un asunto de orden constitucional, cabe la elucidación del alcance razonable. Corresponde analizar cada uno de los factores señalados en la casación materia de análisis:

1. Consentimiento de la agraviada, legalmente excluido puesto que no goza de tal capacidad debido a su edad.
2. Proximidad de la víctima a cumplir catorce años de edad, en tanto se presume en el fondo la maduración temprana, que puede no estar acreditada.
3. Mínima afectación psicológica en la víctima que generó confusión puesto que los juzgados superiores tomaron en cuenta el resultado de un examen inmediato y los asumieron definitivos.

PODER JUDICIAL

4. La diferencia etaria entre la víctima y el agresor, que se basa en apreciación subjetiva.

Dos cuestiones de naturaleza específica subyacen en que las ciencias y el derecho se unen en singamia y en que para aplicar concretamente la decisión judicial se requiere inexorablemente la orientación del conocimiento especializado de la medicina, tanto de la psiquiatría como de las neurociencias: ***a)*** La apreciación del daño psíquico en la víctima en delitos sexuales; y, ***b)*** la maduración de la corteza prefrontal en el sujeto activo, ninguno de los dos depende de las apreciaciones exclusivamente jurídicas.

A) EXISTENCIA DE DAÑO PSÍQUICO O MÍNIMA AFECTACIÓN EN LA VÍCTIMA

A.1. En el fundamento jurídico vigésimo octavo, del Acuerdo Plenario número 2-2016/CJ-116, de doce de junio de dos mil diecisiete (posterior a la casación objeto de análisis), se ha establecido que el menoscabo psíquico considerado como daño debe ser jurídicamente consolidado, fijándose en tal estado (presencia de "huella psíquica") transcurrido el termino de seis meses desde el suceso que le dio origen. Esto es el tiempo que la ciencia ha establecido como idóneo para acreditar la presencia de Trastornos Adaptativos descritos en el Manual de Diagnostico Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V), de la Asociación Americana de Psiquiatría instrumento de validez científica universalmente reconocido, versión que se encontraba vigente cuando se emitió la primera versión de la Guía para Determinar el Daño Psíquico. En el DSM-V (vigente desde el dieciséis de mayo de dos mil trece) se ha catalogado al Trastorno de Estrés Post Traumático (TEPT) en el apartado 309-81 (en relación al apartado F43-1 del Clasificador Internacional de Enfermedades –CIE-10-, el cual estuvo vigente desde mil novecientos noventa hasta mayo de dos mil dieciocho, fecha en que entró en vigencia el CIE-11), diferenciando los criterios a considerar cuando se trate de adultos, adolescentes y niños mayores de seis años, y los que deben estar presentes cuando se diagnostique a niños menores a seis años; en ambos casos la expresión retardada de este trastorno se presenta después de los seis meses del acontecimiento, aunque algunos síntomas pudieran ser inmediatos, lo que deberá ser valorado por los juzgadores al analizar las lesiones producidas por esta clase de delitos.

A.2. Aunque el Acuerdo Plenario 2-2016/CJ-116 es, como se ha dicho, posterior a la sentencia casatoria analizada, sus fundamentos científicos son anteriores; mayo de dos mil trece y mil novecientos noventa y nueve, respectivamente, fecha de los instrumentos en que se describe y cataloga el estrés postraumático (hay un lapso de meses, o incluso años, antes de que el cuadro sintomático se ponga de manifiesto).

A.3. GINER ALEGRÍA[1] considera que para analizar el estrés postraumático se debe valorar las circunstancias histórico-sociales que enmarcan los hechos traumáticos y el ámbito cultural y familiar de la víctima.
Las fases habitualmente presentadas en personas que presentan daño psicológico son: ***a)*** la reacción de sobrecogimiento, es decir, la víctima suele reaccionar con un estado de shock, lo que genera abatimiento o incredulidad ante lo sucedido. ***b)*** vivencias afectivas dramáticas, presencia de dolor, indignación, rabia, miedo o sentimientos de culpa unidos a momentos de profundo abatimiento. ***c)*** tendencia a revivir, intensamente el suceso, se suele revivir el suceso gracias a la memoria, por asociarlo con el olor, un ruido con el aniversario del delito o al ver una película violenta.

A.4. Los jueces no pueden ignorar que la ciencia indica y establece parámetros diferentes al analizar los síntomas o efectos psicológicos en la víctima de violencia sexuales, los cuales varían con su edad, género e historia de vida, nivel de daño físico/simbólico, experiencias previas, acciones emprendidas para atender los síntomas y cambios derivados de la experiencia de violencia, apoyo institucional y el apoyo familiar y comunitario recibido. Una cosa es el efecto mediato y otra la huella psíquica del estrés postraumático, que no se ha analizado en la causa en que se pronunció la decisión casatoria, sino que se ha banalizado.
La judicatura no puede ignorar los dictados de la ciencia o interpretar los fenómenos psicológicos o psiquiátricos desde perspectivas exclusivamente jurídicas.

B) MADURACIÓN DE LA CORTE PREFRONTAL EN EL VICTIMARIO

B.1. No hay explicación cabal del motivo por el cual un responsable restringido recién salido de la adolescencia y convertido en adulto joven merezca un trato penal diferenciado frente a los adultos que ya sobrepasaron los veintiún años, salvo el mandato normativo.

B.2. Para LAURA POZUELO (2015: 5) la corteza prefrontal –capa externa del lóbulo frontal del cerebro– es una de las últimas áreas del cerebro en madurar ya que no se desarrolla completamente, sino hasta la tercera década de la vida de la persona. En tal sentido, la importancia de dicha corteza reside, en que es la parte del cerebro implicada en comportamientos cognitivos complejos como la función inhibitoria –necesaria para el proceso de toma de decisiones– y, por otro, es donde residen los circuitos neuronales responsables de funciones como la capacidad de planear, la memoria activa o el control de los impulsos. Es así que desde la infancia hasta la adolescencia, se está en una etapa decisiva pues es cuando las áreas corticales del cerebro continúan densificándose con la proliferación de conexiones neuronales. Y, que en cuanto a la parte frontal que recubre el cerebro (llamada materia gris) formada

[1] En la conferencia dictada en la Academia de la Magistratura con motivo del "Seminario Internacional en Derecho Penal, Procesal Penal, Victimología y Criminología a la Luz del Derecho Comparado" realizado el día jueves seis de diciembre de este año.

principalmente por cuerpos neuronales alcanza su mayor nivel de volumen alrededor de los once años en las niñas y los doce años en los varones (POZUELO, 2015: 6). Por lo que es en esta etapa cuando se realiza un recambio en la estructura neuronal, y donde las conexiones que no tienen una utilización frecuente son dejadas de lado pues se mantienen dependiendo de las necesidades de desarrollo. Esto deberá ser compulsado por el juzgador al individualizar la pena, puesto que es un aspecto científico.

7° Respecto a la imposición de la pena de cinco años de privación de la libertad, no corresponde predicar la inexistencia de márgenes punitivos o dejarlos librados a la arbitrariedad (como tomar en cuenta el artículo 29 del CP), cuando del análisis sistemático de las sanciones se encuentra el artículo 176-A del CP, que sancionaba en aquella fecha los actos contra el pudor contra víctima cuyas edades oscilaban entre más de diez y menos de catorce años con pena privativa de libertad no mayor de cinco ni mayor de ocho años (con la dación de la Ley 30838, de tres de agosto de dos mil dieciocho, el legislador incremento la pena con no menos de nueve ni más de quince años de privación de libertad al autor de tal conducta).

8° Resulta desproporcionado que una violación sexual en perjuicio de adolescente merezca, en abstracto, el mismo o menor reproche que el acto impúdico contra persona en la misma condición que se establece en el artículo 176-A del CP. Por lo que, degradar la dimensión de la sanción hasta la señalada en la impugnada, pervierte el valor del bien jurídico que debe proteger y cautelar el ámbito sexual de los menores de catorce años. (Según el artículo uno, del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes son considerados niños hasta los doce años de edad y adolescentes desde los doce hasta los dieciocho años de edad).

9° Para la determinación de la sanción razonable para el caso de un responsable restringido (después de realizar el control difuso) se debe considerar el sentido del artículo 22 del CP, que hace posible la reducción prudencial, la que no puede ser antojadiza, debido a que podría quedar desvalorado o con muy poco respaldo el bien jurídico afectado. Tal como refiere ROXIN (1997: 97), por motivo de los efectos preventivos especiales, la pena no puede ser reducida al punto que la sanción ya no sea tomada en serio por la comunidad; puesto esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación.

10° Es insuficiente solo considerar el artículo 46 del CP, para determinar la pena; se requiere estimar el efecto del artículo 45 del mismo cuerpo legal (esto es, carencias sociales, culturales y costumbres), en concordancia con el acápite h, del numeral uno, del artículo 46 del CP "la edad del imputado en tanto hubiera influido en la conducta del imputado" teniendo en cuenta que la edad no solo es física sino también psíquica y que la maduración de la corteza prefrontal obedece a factores antropológicos, fisiológicos, sociológicos y ambientales en cada persona.

Por lo que, la apreciación de la madurez de la persona es un asunto bio psico-social que corresponde definir a la ciencia en cada caso. No siendo suficiente el límite normativo jurídico del responsabilidad restringida (artículo 22 del CP[2]). Por tanto es necesario acudir a la elucidación de la madurez psíquica de la persona antes de realizar la determinación judicial de la pena concreta y pertinente darle contenido a las indicadas normas existentes del CP, para de esa manera valorar las circunstancias de atenuación jurídica aplicable también a los casos de conductas penales o delitos cualificadas, y la condición personal de insuficiente maduración psíquica.

11° Hay por tanto una maduración normativa (dieciocho años de edad) y una fisiológica (que determina la ciencia).

12° Es posible por tanto tomar como pautas para imponer la pena concreta (puesto que no existen otros parámetros directos a los cuales acudir para disminuir la pena por la responsabilidad restringida por edad del agresor) los límites de la parte general del ordenamiento penal sustantivo y, de ser el caso, imponer la disminución por debajo del mínimo legal (sin llegar a oponerse al fin preventivo general), bajo el sustento científico acreditativo.

13° De otro lado, es de acotar que en términos generales la relación sentimental que pudiera existir entre el agresor y la víctima o si esta última se dedicare a la prostitución son irrelevantes para calificar la configuración de los delitos sexuales.

§ 2. RESPECTO A LA MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 173 DEL CP

14° Corresponde advertir que a la fecha del presente Pleno Casatorio Penal y posterior a la emisión de las resoluciones materia de análisis se dio la Ley 30838, que castiga el delito de violación sexual contra una menor de catorce años con cadena perpetua. Para reducir la pena por tratarse del caso de responsabilidad restringida, de ser el caso, se deberá previamente efectuar el control difuso por el juez, y detraer la pena concreta, que atendiendo a criterios de proporcionalidad correspondería hasta treinta y cinco años (máximo temporal de la pena privativa de libertad, como ya se mencionó) y siempre dependiendo del caso se tomará en cuenta los fines preventivos especiales, respetando los fines preventivos generales.

Sr.

SALAS ARENAS

PILAR ROXANA SALAS CAMPOS
SECRETARIA SALA PENAL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

[2] Que obedece a la estandarización de la consideración de la adultez para fines civiles, en un tiempo concreto del desarrollo científico.