

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N°2088-2012

LIMA

-1-

Lima, catorce de agosto de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior y el abogado defensor de la Parte Civil contra la sentencia de fojas doscientos treinta y seis, del uno de diciembre de dos mil once; y

CONSIDERANDO: Primero: Que el FISCAL SUPERIOR en su recurso formalizado de fojas doscientos cuarenta, sostiene que no está conforme con la pena impuesta, por cuanto debe tenerse en cuenta que el encausado tiene quinto año de secundaria terminada; que el consentimiento entre ambos resulta nulo, puesto que la agraviada identificada con la clave cero treinta y seis, por su minoría de edad no tiene discernimiento para disponer de su libertad sexual; que el encausado sabía que la agraviada era menor de edad, por lo que tuvo ánimo de aprovecharse de ella; que la manutención no se ha acreditado. **Segundo:** Que el abogado defensor de la PARTE CIVIL en su recurso fundamentado de fojas doscientos cuarenta y cuatro y doscientos cuarenta y nueve alega que la reparación civil impuesta por el Colegiado Superior es insuficiente, pues, no cubre el daño irrogado a la víctima, quién a la fecha de los hechos tenía doce años de edad, la misma que ha sido afectada psicológicamente por lo sucedido, por lo que requiere terapias que implican un gasto económico y además porque el presente proceso ha generado gastos. **Tercero:** Que, según acusación fiscal de fojas ciento setenta y uno, en el mes de marzo de dos mil cinco, el acusado Nelson Jhonatan Tucto Rodríguez mantuvo relaciones sexuales consensuadas con la menor agraviada identificada con la clave cero treinta y seis, cuanto ésta contaba con doce años de edad, debido a que tenía una relación sentimental, siendo que

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N°2088-2012

LIMA

-2-

producto de dichas relaciones sexuales, tal agraviada salió embarazada. **Cuarto:** Que, el recurso de nulidad ha sido interpuesto por la Parte Civil estando vigente el artículo doscientos noventa y cinco del Código de Procedimientos Penales que establece que "el recurso de nulidad se interpondrá dentro del día siguiente al de expedición y lectura de la sentencia o de notificación del auto impugnado, salvo lo dispuesto en el artículo doscientos ochenta y nueve". **Quinto:** Que, con independencia de los agravios propuestos por la Parte Civil, el Tribunal Revisor está autorizado a efectuar un control del cumplimiento de los presupuestos procesales objetivos y subjetivos de los recursos impugnativos, de suerte que si se constata alguna infracción insubsanable, debe rechazarse indefectiblemente; que, en este sentido, de lo actuado se advierte que pese a que el representante de la parte civil concurrió a las sesiones realizadas en sede plenarial, recurrió extemporáneamente la sentencia de fojas doscientos treinta y seis, del uno de diciembre de dos mil once –acto público-, en atención a que dicho plazo vencía indefectiblemente al día siguiente de emitida la referida sentencia en aplicación de la norma antes citada, pese a ello, la parte civil interpuso recurso de nulidad el seis de diciembre de dos mil once, tal como se verifica en su escrito de fojas doscientos cuarenta y cuatro. **Sexto:** Que de lo acotado en el fundamento jurídico precedente se desprende que no se ha cumplido con un presupuesto formal del mencionado recurso estatuido taxativamente en la norma procesal, por lo que teniendo en cuenta que corresponde al órgano jurisdiccional superior controlar la admisibilidad y la procedencia del recurso que se interpone, se debe declarar su inadmisibilidad. **Sétimo:** Que la culpabilidad del encausado NELSON JHONATAN TUCTO RODRIGUEZ por la comisión del delito contra la libertad sexual –

-3-

violación de menor de edad, tipificado en el artículo ciento setenta y tres inciso tres primer párrafo del Código Penal, no es materia de controversia pues si bien el encausado no se acogió al beneficio de la Conclusión Anticipada del Juicio Oral, confesó que había mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada, con quién mantenía una relación de enamorados; de suerte que el objeto recursal, en atención a los agravios propuestos por Fiscal Superior recae sobre la dosificación punitiva. **Octavo:** Que, respecto a la pena, debe tenerse en cuenta que ésta se orienta a cumplir el fin preventivo y resocializador; y, en tal sentido, se prohíbe una sanción excesiva que no responda a los fines antes mencionados; que es de enfatizar que el legislador ha establecido diversos tipos de pena y el *quantum* de estas, pero no de una manera fija y absoluta, por consiguiente, se han fijado los criterios suficientes para que el Juzgador pueda individualizar judicialmente la pena; que, dentro de este contexto, debe observarse el principio de proporcionalidad - establecido como un criterio rector de toda actividad punitiva del Estado para evitar todo perjuicio para el autor que sobrepase la medida de su culpabilidad por el hecho (artículo VIII Título Preliminar del Código Penal)-, lo cual nos conduce a valorar, entre otros, el perjuicio, la trascendencia de la acción desarrollada por el agente, su modo de ejecución, el peligro ocasionado, así como la edad del agente, su educación, condición económica y medio social - conforme lo disponen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal. **Noveno:** Que la pena debe ser coherente a los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad fijados en los artículos dos, cuatro, cinco, siete y ocho del Título Preliminar del Código Penal, a los criterios y circunstancias contenidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del mismo

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N°2088-2012
LIMA

-4-

cuerpo legal; a los fines de prevención general y especial de las penas; a la forma y circunstancias en que se cometió el ilícito, las consecuencias del evento criminal -que el encausado mantuvo relaciones sexuales con la víctima, con quién mantenía una relación sentimental, siendo que producto de ello tienen un hijo, conforme se acredita con la partida de nacimiento de fojas nueve-; el grado de participación del encausado -autor del delito de violación sexual de menor de edad-; que no se acogió a la Conclusión Anticipada conforme se desprende de la sesión de fojas doscientos diecisiete; que existe confesión sincera por cuanto el encausado Tucto Rodríguez refirió lo hechos; las condiciones personales del encausado -que tiene educación superior- y de ocupación -comerciante-; que el encausado no registra antecedentes penales ni judiciales conforme se desprende de los certificados de fojas ciento noventa y nueve y doscientos uno, respectivamente; que asimismo, debe tenerse en cuenta que el encausado a la fecha de los hechos tenía diecinueve años y cuatro meses de edad conforme se desprende del documento nacional de identidad de fojas doscientos catorce y de la hoja de datos de fojas ciento noventa y cinco; advirtiéndose por ello, su responsabilidad restringida, establecida en el primer párrafo del artículo veintidós del Código Penal que faculta al juzgador a disminuir prudencialmente la pena, y no obstante que el segundo párrafo de la citada norma penal señala que "esta excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual...", tal disposición colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica -en puridad, principio y derecho fundamental- prevista en el inciso dos del artículo dos de la Constitución Política del Estado, toda vez que el tratamiento especial que implica la denominada "responsabilidad restringida" se basa en la

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N°2088-2012

LIMA

-5-

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 que 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, existiendo en el caso concreto una evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, por lo que en uso de la atribución del control difuso establecida por el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, debe resolverse con arreglo a la norma de mayor rango, y por tanto, aplicar plenamente, sin excepciones irrazonables el primer párrafo del artículo veintidós del Código Sustantivo; que su aplicación es potestad jurisdiccional dejada al libre y prudente criterio del juzgador, y no disposición de carácter vinculante u obligatoria, en tanto en cuanto es de naturaleza facultativa y no forzosa, por lo que teniendo en cuenta la forma y circunstancias en cómo acontecieron los hechos amerita la aplicación de éste beneficio; por lo que, si bien el Fiscal Superior considera que la pena impuesta es ínfima; estando a lo antes acotado, la pena impuesta por el Colegiado Superior resulta acorde a ley, por tanto debe mantenerse. **Undécimo:** Que, por otro lado, si bien el artículo ciento setenta y ocho del Código Penal establece que en éstos casos – violación de la libertad sexual- se deberá fijar los alimentos a la prole, a los cuáles está obligado el sentenciado, cabe precisar que no pudiendo éste Tribunal Supremo en instancia única, establecer la pensión alimenticia que deberá abonar en este caso el encausado Tucto Rodríguez a favor de su menor hijo que tiene con la agraviada

Handwritten signature and scribbles on the left margin, including a large circular mark and a vertical line extending downwards.

Handwritten signature at the bottom right of the page.

identificada con la clave cero treinta y seis, conforme se acredita con la partida de nacimiento de fojas nueve, no cabe emitir pronunciamiento al respecto, máxime que el impugnante no ha señalado ningún agravio en este sentido. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos treinta y seis, del uno de diciembre de dos mil once, que condena al encausado Nelson Jhonathan Tucfo Rodríguez a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; declararon **NULO** el concesorio de fojas doscientos cincuenta y cuatro, en el extremo que concede el recurso impugnatorio interpuesto por el abogado defensor de la Parte Civil e **INADMISIBLE** el recurso de nulidad de su propósito; en el proceso que se le siguió por el delito contra la libertad - violación sexual de menor, en perjuicio de la referida víctima; no haber nulidad en lo demás que contiene y es materia de recurso; y los devolvieron.

S.S.

LECAROS CORNEJO.

PRADO SALDARRIAGA.

BARRIOS ALVARADO.

VILLA BONILLA.

SANTA MARIA MORILLO.

JLLC/rmcz.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DINY YURIANEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (a)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

10 OCT. 2012