

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 3449 – 2011
JUNIN

Lima, seis de marzo
de dos mil doce.-

VISTOS; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, viene en consulta la sentencia de fecha dos de marzo de dos mil diez, obrante a fojas trescientos ochenta y siete, en el extremo que declara inaplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, por considerarlo incompatible con el principio de humanidad, proporcionalidad y racionalidad de las penas e impone al acusado don Enrique Orihuela Lozano, por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales K.C.S.T, la represión penal de doce años de pena privativa de libertad efectiva; con lo demás que contiene.

SEGUNDO: El artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que: *“de conformidad con el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera”.*

TERCERO: El artículo 173, numeral 2) del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece que: *“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: (...) 2. Si la*

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 3449 – 2011
JUNIN

víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.”

CUARTO: En el presente caso, la sentencia materia de consulta ha considerado que la pena prevista para el supuesto de hecho acaecido en autos resulta lesiva del principio de humanidad, proporcionalidad y racionalidad, en tanto una pena extensa como la prevista en la norma precedente resulta contraria al fin de la pena y al discurso programático que prevé la Constitución. Para ello ha tenido en consideración que: **i)** el acusado tiene cincuenta y ocho años de edad, con tercer año de secundaria y no registra antecedentes penales; **ii)** por el delito imputado se encuentran prohibidos los beneficios penitenciarios; **iii)** sus condiciones físicas no permiten hacer un diagnóstico de permanencia largo en un establecimiento penal, sin comprometer gravemente su salud, pues imponerle la pena prevista en la ley significaría que egresaría del penal a los noventa años de edad, frustrando cualquier expectativa de vida, por lo que cabe invocar el principio de humanidad respecto de la penalidad; razones por las cuales se impuso una pena por debajo de la prevista en la ley, fijándola en doce años de pena privativa de libertad efectiva.

QUINTO: Al respecto, según Jescheck, *“la determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el Juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente”*. En ese sentido, a través de dicho procedimiento técnico y valorativo se busca identificar y decidir la calidad e intensidad de las

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 3449 – 2011
JUNIN

consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o participe de un delito.

SEXTO: En efecto, la pena abstracta prevista en la Ley se expresa, generalmente, como en el presente caso, a través de un mínimo y un máximo, correspondiendo al Juez individualizar, en el caso concreto, la pena concreta aplicable al condenado, lo que corresponde hacerse en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, previstos en los artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal.

SÉTIMO: La determinación concreta de la pena se realiza dentro del espacio y límites prefijados por la pena básica (que fija un límite inicial y límite final), - que responde a la potestad punitiva que tiene el Estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal-, teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 46 del Código Penal, dentro de las cuales podemos mencionar: i) la naturaleza de la acción; ii) los medios empleados; iii) la importancia de los deberes infringidos; iv) la extensión del daño o del peligro causado; v) las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; vi) los móviles y fines; vii) la unidad o pluralidad de agentes, viii) la edad, educación, costumbres, situación económica y medio social; ix) la conducta anterior y posterior al hecho del daño; x) la confesión sincera antes de haber sido descubierto; y xi) los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de la personalidad del infractor.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 3449 – 2011
JUNIN

OCTAVO: En el caso de autos, la determinación judicial de la pena impuesta al actor, no ha efectuado una debida ponderación de los elementos y circunstancias señalados precedentemente, basándose únicamente en aspectos genéricos relativos a la edad cincuenta y ocho años y condición física y de salud del condenado, que no justifican de manera suficiente la reducción de la pena por debajo del mínimo legal previsto en el artículo 173 numeral 2) del Código Penal, en la cual establece que: *“Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.”*

NOVENO: Al respecto, cabe precisar que si bien se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar la pena en el caso concreto, dicha atribución no puede ser ejercida arbitrariamente fuera de los parámetros exigidos por la ley, sino que responde a un procedimiento técnico y valorativo que cuenta con sus propias reglas y responde a una política criminal determinada.

Por tales fundamentos: **DESAPROBARON** la sentencia consultada de fecha dos de marzo de dos mil diez, obrante a fojas trescientos ochenta y siete, en el extremo que declaró **INAPLICABLE** al presente caso lo dispuesto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal; en consecuencia **DISPUSIERON** que la Primera Sala Mixta Descentralizada la Merced Chanchamayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, expida nueva resolución con arreglo a ley; en los seguidos contra don Enrique Orihuela Lozano, por la comisión del delito

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA
EXP. N° 3449 – 2011
JUNIN

de violación de la libertad sexual, en agravio de la menor de iniciales
K.C.S.T; y los devolvieron.- Vocal Ponente: Acevedo Mena.-

S.S.

VASQUEZ CORTEZ

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

MORALES GONZALEZ

CHAVES ZAPATER

jbs/ptc

CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
SECRETARÍA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

17 OCT. 2012