



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 3080-2022/LIMA NORTE
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título Determinación judicial de la pena. Proporcionalidad Congruencia

Sumilla **1.** Es de precisar, primero, que el delito de actos de connotación sexual con agravantes, previsto por el artículo 176, tercer párrafo, del CP, está conminado entre ocho y once años de pena privativa de libertad: la agraviada Y.B.S.R., cuando los hechos, contaba con diecisiete años de edad (esta es la pena básica). Segundo, que el encausado, de cuarenta y ocho años de edad, carece de antecedentes (ex artículo 46, apartado 1, literal 'a', del CP) y no constan circunstancias agravantes genéricas ni agravantes cualificadas, así como tampoco atenuantes privilegiadas, por lo que la pena concreta ha de determinarse dentro del tercio inferior, esto es, de ocho a nueve años de pena privativa de libertad (ex artículo 45-A, numeral 2, literal 'a', del CP). **2.** La determinación de la pena se define dentro de los límites fijados por la ley y, dentro de ellos, en virtud a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho cometido. El principio de proporcionalidad no puede significar alejarse o contravenir el de legalidad, tal como está estipulado por el segundo párrafo del artículo 45-A del CP, a menos, claro está, que se entienda razonadamente que la pena básica sea patentemente desproporcionada y, por ello, sobrepasa la responsabilidad por el hecho (artículo VIII del Título Preliminar del CP), convirtiéndola en inconstitucional (ex artículo 138 de la Constitución). **3.** La agraviada contaba con diecisiete años y seis meses de edad cuando se cometió en delito en su perjuicio, ello en modo alguno determina, dada la cercanía a los dieciocho años de edad, a disminuir la pena por debajo del límite legal, pues no se está siquiera ante una causal de disminución de la punibilidad legalmente considerada que obligue a la reducción o descenso prudencial de la pena. Tal situación, en todo caso, podría ser un factor que marque un descenso de la pena, discrecional y razonable, siempre dentro del marco punitivo legalmente configurado.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, seis de marzo de dos mil veinticuatro

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación, por las causales de **quebrantamiento de precepto procesal** e **infracción de precepto material**, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE LIMA NORTE contra la sentencia de vista de fojas trescientos tres, de trece de octubre de dos mil veintidós, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas treinta y siete, de dieciocho de agosto de dos mil veintiuno, condenó a Edward Emilio Mestanza Tejada como autor del delito de actos de connotación sexual con agravantes en agravio de Y.B.S.R. a seis años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que los hechos declarados probados por las sentencias de instancia son los siguientes:

* **1.** El día diecisiete de octubre de dos mil diecinueve, como a las diecisiete horas, la agraviada Y.B.S.R., de diecisiete años de edad, se encontraba a bordo del ómnibus de la ruta B del Metropolitano de Lima, en dirección de sur a norte, para retornar a su domicilio, luego de visitar a su tía abuela en el Hospital arzobispo Loayza. En estas circunstancias, el acusado EDGARD EMILIO MESTANZA TEJADA, de cuarenta y ocho años de edad, que igualmente estaba a bordo del bus, y cuando el vehículo se hallaba a la altura de la Estación “UNI” frotó su mano izquierda por encima de la ropa que cubría la zona íntima (vagina) de la agraviada, por un espacio de cuatro a cinco segundos aproximadamente. La agraviada no se percató del atentado en un inicio, pues estaba distraída con su teléfono celular; empero, al agachar la mirada observó al encausado frotando su mano izquierda con su zona vaginal, moviendo sus dedos. Cuando el encausado fue sorprendido por la agraviada, sacó su mano rápidamente. En esos momentos la agraviada no supo qué hacer y por la vergüenza no dijo nada, a la vez que dio un paso a un costado.

* **2.** Sin embargo, al poco rato, el acusado MESTANZA TEJADA volvió a acercarse a la agraviada Y.B.S.R. En esta segunda oportunidad, mientras el ómnibus se encontraba entre la estación “El Milagro” y “Tomás Valle” (paradero “Mercado Central”), el citado encausado agarró la pierna a la agraviada con intención de llegar nuevamente a su vagina. La agraviada reaccionó inmediatamente y pidió ayuda a la ciudadana venezolana Lexis Jairelis Rodríguez Parra, expresándole “me está tocando”. Ante los reclamos de Lexis Jairelis Rodríguez Parra, el acusado MESTANZA TEJADA negó los hechos, pero la citada testigo le increpó su conducta porque había visto lo ocurrido.

* **3.** En razón a ello, la gente se alborotó y dos personas de sexo masculino retuvieron al acusado MESTANZA TEJADA mientras el bus se encontraba en la mencionada estación “Tomás Valle”. El referido acusado intentó escaparse a través de las barandas ubicadas a la salida de la estación, pero fue detenido por un personal de seguridad del Metropolitano. En estos momentos se acercó la hermana de la agraviada, Yurdaney Karla Suarez Roque, quien bajó del bus del Expreso Cinco, pues divisó a su hermana entre la gente y advirtió que temblaba y lloraba. El comportamiento evasivo del acusado MESTANZA TEJADA también fue presenciado por Alexander Richard Reyes Alarcón, el mismo que se encontraba recargando su tarjeta del Metropolitano.

SEGUNDO. Que el procedimiento penal se ha desarrollado como a continuación se detalla:

1. El señor fiscal provincial de Lima Norte en su requerimiento de fojas una, de veinticuatro de septiembre de dos mil veinte, acusó a EDWARD EMILIO MESTANZA TEJADA como autor del delito de actos de connotación sexual con agravantes en agravio de Y.B.S.R. y solicitó se le imponga ocho años de pena privativa de libertad y pague la suma de cinco mil soles por concepto de reparación civil. Realizado el control de acusación se expidió el auto de enjuiciamiento de fojas setenta y uno, de veintitrés de octubre de dos mil veinte.
2. Llevado a cabo el juicio oral, el Juzgado Penal Colegiado Permanente de Lima Norte expidió la sentencia condenatoria de primera instancia de fojas ciento setenta y nueve, de dieciocho de agosto de dos mil veintiuno. Declaró probado el delito sobre la base de la declaración de la hermana de la víctima, Yurdaney Karla Suarez Roque y la testimonial de Alexander Richard Reyes Alarcón; del mérito del examen pericial psicológico, realizado por Doris Lizet Rodríguez Mena, quien ratificó protocolo de pericia psicológica 026023-2020-PSC, practicada a la agraviada; de la oralización del acta de entrevista única en cámara Gesell, de la declaración preliminar de la ciudadana venezolana Lexis Jairelis Rodríguez Parra, con intervención fiscal y defensa de acusado, del acta de intervención policial al encausado, de las tomas fotográficas sobre las circunstancias del hecho; y, de la declaración de la testigo Jacqueline Nancy Marzal Ortiz. El indicado Juzgado Penal, en atención a la pena conminada de ocho a once años de privación de libertad, y a la presencia de una circunstancia atenuante genérica de ausencia de antecedentes penales, impuso como pena concreta el mínimo legal de ocho años de pena privativa de libertad.
3. Contra esta sentencia la defensa del encausado MESTANZA TEJADA interpuso recurso de apelación por escrito de fojas doscientos quince, de veinticinco de julio de dos mil veintiuno. Instó la revocatoria de la sentencia y la absolución de la acusación fiscal. Alegó que la motivación de la valoración de la pericia psicológica practicada a la agraviada fue indebida; que la psicóloga no era forense, dado que recién había egresado; que se debió disponer la evaluación de la agraviada por un psiquiatra; que no se consideró si su patrocinado tocó a agarró la primera vez a la agraviada Y.B.S.R., ya que debió reaccionar de manera inmediata; que la agraviada no se dejó examinar por médico legista; que su defendido no intentó fugar, sino que estuvo retenido; que la pericia psiquiátrica del Instituto de Medicina Legal o concluyó que su patrocinado es una persona con conducta social y sexual normal; que se vulneró el derecho a probar puesto que no se admitió en juicio la prueba complementaria consistente en el informe de historia clínica de la agraviada; que la versión de la menor no es uniforme y se contradice con la testimonial de Lexis Jairelis Rodríguez Parra.
4. Concedido el recurso de apelación y realizado el juicio de apelación el Tribunal Superior expidió la sentencia de vista de fojas trescientos tres, trece de

octubre de dos mil veintidós, que confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia. Expuso lo siguiente:

- A. Los jueces valoraron correctamente la pericia psicológica, ya que determinaron que no existen indicadores de error en las conclusiones. Que la psicóloga del Instituto de Medicina Legal mencionó ser egresada de la especialidad en terapia cognitivo conductual con cursos de especialización en Escuela del Ministerio Público. Que la entrevista única en cámara Gesell se desarrolló cumpliendo las exigencias legales. Que, si bien en actas el fiscal inicia las preguntas, es la psicóloga la que formula preguntas a la víctima. Que los jueces no incurrieron en ilogicidad de motivación.
 - B. En lo atinente a la determinación de la pena, en la fecha de comisión del delito la agraviada tenía exactamente diecisiete años y seis meses de edad, es decir, la edad de la víctima está cerca al límite superior del espacio temporal fijado en la ley, por lo que con un criterio de razonabilidad y proporcionalidad es factible imponer una sanción punitiva menor, que vaya acorde con la gravedad del injusto cometido, la proporcionalidad y los fines de la pena.
 - C. Es viable disminuir prudencialmente la pena privativa de libertad impuesta, en dos años, por lo que la pena, en el caso concreto, será de seis años de privación de libertad.
5. El señor FISCAL SUPERIOR interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista.

TERCERO. Que el señor FISCAL SUPERIOR en su escrito de recurso de casación de fojas trescientos treinta y nueve, de dos de noviembre de dos mil veintidós, invocó los motivos de casación de quebrantamiento de precepto procesal, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 2, 4 y 5, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). Sostuvo que se reformó de oficio un extremo no apelado de la sentencia de primera instancia; que no se motivó la disminución de la pena por debajo del mínimo legal; que no hay amparo jurisprudencial por vulnerar la proporcionalidad de la pena.

CUARTO. Que, corrido el traslado este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso propuesto mediante Ejecutoria Suprema de fojas doscientos veintiuna, de veinte de septiembre de dos mil veintitrés. Corresponde determinar si se redujo la pena privativa de libertad impuesta por debajo del mínimo legal sin amparo legal, así como si se cumplió el principio de proporcionalidad y los poderes de revisión del Tribunal Superior. Las causales de casación admitidas son las de **quebrantamiento de precepto procesal e infracción de precepto material.**

QUINTO. Que, instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia privada de casación el día miércoles veintiocho de febrero del presente año, ésta se realizó con la intervención de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo penal, doctora Gianina Rosa Tapia Vivas, y la defensa del encausado MESTANZA TEJADA, doctor Mario Amoretti Pachas, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de **quebrantamiento de precepto procesal** e **infracción de precepto material**, estriba en determinar si se redujo la pena privativa de libertad impuesta por debajo del mínimo legal sin amparo normativo, así como si se cumplió el principio de proporcionalidad y se aplicó correctamente los poderes de revisión del Tribunal Superior.

SEGUNDO. Que no está en discusión el juicio de responsabilidad penal del encausado MESTANZA TEJADA (la *quaestio facti*). Solo cabe supervisar si la pena impuesta en segunda instancia se condice con las reglas de determinación legalmente estipuladas. Tampoco cabe examinar los argumentos que en la audiencia de casación planteó la defensa del imputado; su recurso no fue admitido.

∞ A estos efectos, es de precisar, **primero**, que el delito de actos de connotación sexual con agravantes, previsto por el artículo 176, tercer párrafo, del Código Penal, está conminado entre ocho y once años de pena privativa de libertad: la agraviada Y.B.S.R., cuando los hechos, contaba con diecisiete años de edad (esta es la pena básica). **Segundo**, que el encausado, de cuarenta y ocho años de edad, carece de antecedentes (ex artículo 46, apartado 1, literal 'a', del Código Penal) y no constan circunstancias agravantes genéricas ni agravantes cualificadas, así como tampoco atenuantes privilegiadas, por lo que la pena concreta ha de determinarse dentro del tercio inferior, esto es, de ocho a nueve años de pena privativa de libertad (ex artículo 45-A, numeral 2, literal 'a', del Código Penal).

∞ La determinación de la pena se define dentro de los límites fijados por la ley y, dentro de ellos, en función a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho cometido. Al juez le corresponde cumplir las exigencias de los principios de culpabilidad o responsabilidad y de lesividad sobre el bien jurídico tutelado

dentro de una proporcionalidad limitada por los rangos mínimos y máximos de la penalidad legalmente conminada [cfr.: Acuerdo Plenario 01-2023/CIJ-112, de veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés, fundamento decimoprimer]. El principio de proporcionalidad no puede significar alejarse o contravenir el de legalidad, tal como está estipulado por el segundo párrafo del artículo 45-A del Código Penal, a menos, claro está, que se entienda razonadamente que la pena básica sea patentemente desproporcionada y, por ello, sobrepasa la responsabilidad por el hecho (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal), convirtiéndola en inconstitucional (*ex* artículo 138 de la Constitución).

∞ Como tiene expuesto VIVES ANTÓN, en el plano aplicativo, desde el subprincipio de necesidad, su cumplimiento se concreta, normalmente, en el marco de las facultades discrecionales que la Ley concede al juez para individualizar la penalidad (el subrayado es nuestro); que la ausencia de necesidad de castigar, o de castigar tan gravemente en el caso particular, podrá provocar la sustitución de la pena por otra más leve o por medidas de otro índole, o la entrada en juego de institutos cual la condena condicional o la reserva de fallo, en la medida que la ley lo permita (el subrayado es nuestro). Asimismo, desde el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, dicho autor explica que la pena ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, la que ha de efectuarse desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio; que la proporcionalidad ha de atender en primer lugar a la gravedad del delito cometido (contenido de injusto), al mal causado y a la mayor o menor reprochabilidad del autor, es decir, conforme a las necesidades de tutela, que es el auténtico objeto de ponderación [VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR y otros: *Derecho Penal Parte General*, 5ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 87-89].

∞ En el presente caso no puede dejar de atenderse al bien jurídico tutelado (libertad sexual), a las circunstancias del hecho, al grado de alarma social que conlleva y al lugar y a la persona del agresor y de la víctima. No tiene fundamento razonable la disminución de la pena, por debajo del mínimo legal, si la agraviada es mayor de catorce y menor de dieciocho años.

TERCERO. Que si bien es verdad que la agraviada Y.B.S.R. contaba con diecisiete años y seis meses de edad cuando se cometió en delito en su perjuicio, ello en modo alguno determina, dada la cercanía a los dieciocho años de edad, a disminuir la pena por debajo del límite legal, pues no se está siquiera ante una causal de disminución de la punibilidad legalmente considerada que obligue a la reducción o descenso prudencial de la pena. Tal situación, en todo caso, podría ser un factor que marque un descenso de la pena, discrecional y razonable, siempre dentro del marco punitivo legalmente configurado.

∞ En suma, se infringió la ley penal material. Debe ampararse esta causal de casación.

CUARTO. Que, finalmente, el imputado cuando recurrió en apelación la sentencia condenatoria pidió la absolución de los cargos. El Tribunal Superior no hizo lugar a la absolución y, en su reemplazo, disminuyó en dos años la pena privativa de libertad impuesta. Ahora bien, en abstracto, lo que está prohibido es la agravación de la pena en virtud del principio de interdicción de la reforma peyorativa (ex artículo 409, apartado 3, del CPP), no la atenuación de ésta a partir de hechos debatidos en juicio, de suerte que no se incurra en un fallo sorpresivo. La edad de la víctima era parte del *factum* acusatorio y, como tal, podía ser advertida para una solución menos intensa. Cosa distinta es que el argumento del Tribunal Superior en este punto no pueda sostenerse legalmente, como ocurre en el *sub lite*. No se está, entonces, ante una sentencia incongruente que tergiversó los poderes de revisión del Tribunal de Apelación. ∞ No se vulneró la ley procesal. Este motivo casacional no es de recibo.

QUINTO. Que, por consiguiente, debe ampararse el recurso acusatorio, respecto del primer extremo, y dictar una sentencia casatoria rescindente y rescisoria, pues para emitirla no hace falta un nuevo debate. Debe ratificarse la pena impuesta en primera instancia por ser la que legalmente corresponda, aceptada por el Ministerio Público recurrente.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, por la causal de **quebrantamiento de precepto procesal** promovido por el Ministerio Público. **II.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación, por la causal de **infracción de precepto material**, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE LIMA NORTE contra la sentencia de vista de fojas trescientos tres, de trece de octubre de dos mil veintidós, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas treinta y siete, de dieciocho de agosto de dos mil veintiuno, condenó a Edward Emilio Mestanza Tejada como autor del delito de actos de connotación sexual con agravantes en agravio de Y.B.S.R. a seis años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista en cuanto impuso a Edward Emilio Mestanza Tejada la pena de seis años de privación de libertad. **III.** Y actuando en sede de instancia, **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia que impuso a Edward Emilio Mestanza Tejada la pena de ocho años de privación de libertad; con todo lo demás que al respecto contiene. **IV. ORDENARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para la continuación de la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por ante el Juzgado de la Investigación Preparatoria competente, al que se le enviarán las actuaciones; registrándose. **V. DISPUSIERON** se lea la sentencia en audiencia privada, se notifique



inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/msvv