

Casación infundada

I. Aun cuando se alega, de manera general, que corresponde aplicar el principio del *interés superior del niño* para justificar la suspensión de la pena, dicha invocación carece de sustento fáctico, probatorio y jurídico. El principio del *interés superior del niño* —reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en jurisprudencia nacional como la Sentencia Plenaria n.º 1-2018/CIJ-433 y Acuerdo plenario n.º 01-2023—, no opera en todos los delitos ni de forma automática ni indiscriminada para modular o exonerar el cumplimiento efectivo de la pena. Su aplicación requiere un análisis casuístico, específico y excepcional del daño colateral que afectaría gravemente los derechos fundamentales del menor, tales como un *desamparo absoluto*, además de la inexistencia de antecedentes de maltrato o violencia familiar o que no se trate de un deudor alimentario; u otras circunstancias extremas que permitan una excepción a la ejecución de la pena privativa de libertad, las cuales no han sido desarrolladas ni probadas por el recurrente. Asimismo, la regla es que la pena debe ser impuesta y ejecutada con base en los principios de legalidad, proporcionalidad, prevención y retribución justa más allá de la aplicación de causales de disminución de punibilidad o de bonificación procesal. Conforme al artículo 45 y siguientes del Código Penal, la pena debe situarse dentro de los márgenes establecidos por la ley y debe responder a la gravedad del hecho y la culpabilidad del agente.

II. Por lo tanto, la protección de los hijos no puede *instrumentalizarse* para evitar el cumplimiento adecuado de la pena. No basta la condición personal de ser padre o madre para alterar el juicio de reproche. Aceptar una suspensión de la pena sobre la base de una invocación genérica del principio del *interés superior del niño* —sin prueba ni justificación concreta— supondría distorsionar el sentido y función de la pena, vaciar de contenido el principio de legalidad penal y otorgar privilegios injustificados que podrían afectar la coherencia del sistema de justicia penal. A tenor de lo indicado, el recurrente no ha demostrado ninguna circunstancia extraordinaria o excepcional pasible de una aplicación de un *test objetivo* (según el estándar del sentido común), que permita hacer indispensable una medida de suspensión de la pena. Pues, en realidad, es el juez el que debe llegar a la conclusión de que una serie de alternativas —incluida aquella determinada por la ley— satisface la necesidad de restringir el derecho fundamental en una forma menos restrictiva (como una pena suspendida).

SENTENCIA DE CASACIÓN

Sala Penal Permanente

Casación n.º 3124-2023/Tacna

Lima, quince de julio de dos mil veinticinco

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por WALTER TICONA CHARCA contra la sentencia de vista del veintitrés de agosto de dos mil veintitrés (foja 85), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que revocó la sentencia de primera instancia del nueve de marzo de dos mil

veintitrés, en el extremo de la pena y la reformó a seis años, diez meses y veintinueve días, como autor del delito de contrabando agravado —primer párrafo del artículo 1, concordante con los artículos 2 (literal d) y 10 (literales g y j) de la Ley n.º 28008, Ley de Delitos Aduaneros—, en agravio del Estado; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. El Ministerio Público acusó a WALTER TICONA CHARCA (foja 3) como autor del delito de contrabando, en la modalidad de conducir, en cualquier medio de transporte, mercancías sin haber sido sometidas al ejercicio de control aduanero, con la agravante de ser cometida por más de dos personas, se utilice un medio de transporte acondicionado para transportar mercancía ilegal y el valor de la mercancía superó las 20 UIT —primer párrafo del artículo 1, concordante con los artículos 2 (literal d) y 10 (literales g y j) de la Ley n.º 28008, Ley de Delitos Aduaneros—, solicitando una pena de nueve años y cuatro meses de pena privativa de libertad (la pretensión de reparación civil cesó al existir actor civil).

∞ En el auto de enjuiciamiento del treinta de diciembre de dos mil veintiuno (foja 15), se declaró la acusación procedente para el juicio. El juicio oral debió iniciarse el trece de julio de dos mil veintidós (foja 25, cuaderno de debates digitalizado). Sin embargo, se reprogramó para el nueve de septiembre de dos mil veintidós (foja 43, cuaderno de debates) y se llevó a cabo en diferentes sesiones hasta el siete de marzo de dos mil veintitrés, según actas (fojas 45, 51, 53, 56, 59, 61, 63, 65, 67, 71, 73, 79, 81, 83, 85, 93, 95 y 97 del expediente digitalizado).

Segundo. El *factum* que motivó el presente proceso —primer párrafo del artículo 1, concordante con los artículos 2 (literal d) y 10 (literales g y j) de la Ley n.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros— quedó establecido probatoriamente (a la letra) en los siguientes términos:

Se atribuye a WALTER TICONA CHARCA y otros que, al tener frecuentes movimientos migratorios hacia Chile —siendo el último el diez de septiembre de dos mil diecinueve—, Katherine Zegarra Claudio y Luis Ticona Charca salieron del país un día antes de la intervención aduanera realizada en horas de la noche del doce de septiembre de dos mil diecinueve (oficio n.º 001026-2019-Migraciones-JZTAC, de fecha dieciséis de octubre de dos mil diecinueve). El vehículo con placa de rodaje AFX-092, en el que se encontró la mercancía extranjera, presentaba desde el año 2018 hasta antes de su intervención frecuentes salidas e ingresos entre Perú y Chile (Informe n.º 1702-2019-SUNAT-3G0500, de fecha

tres de octubre de dos mil diecinueve, y anexos), siendo los últimos movimientos los siguientes: i) dieciséis de agosto de dos mil diecinueve, hora de salida: 02:01, retorno: 18:06 del mismo día, conducido por Luis Ticona Charca (DNI n.º 47181638), con cuatro pasajeros; ii) ocho de agosto de dos mil diecinueve, salida: 02:39, retorno: 18:14 del mismo día, conducido por María Luz Jahuirá Maquera (DNI n.º 42195138), también con cuatro pasajeros; en esta misma fecha, WALTER TICONA CHARCA y Luis Ticona Charca registraron salida y reingreso al territorio peruano desde y hacia Chile; iii) siete de enero de dos mil diecinueve, salida: 19:47, retorno: ocho de enero de dos mil diecinueve a las 19:25, conducido por María Luz Jahuirá Maquera (DNI n.º 42195138), con dos pasajeros; iv) el ocho de agosto de dos mil diecinueve, el imputado Luis Ticona Charca condujo el vehículo en mención, saliendo y retornando a territorio peruano, viajando como pasajeros WALTER TICONA CHARCA, Marco Yanapa Roque y María Luz Jahuirá Maquera (según manifiesto de pasajeros remitido mediante el oficio n.º 000369-2021-MIGRACIONES-JZTAC, de fecha veintiocho de mayo de dos mil veintiuno); v) el diez de septiembre de dos mil diecinueve, en el vehículo de placa X3E-393, camioneta Hyundai Tucson, salió hacia Chile conducido por Marco Yanapa Roque, con los pasajeros María Luz Jahuirá Maquera, Germán Ticona Charca y los imputados Luis Ticona Charca y Katherine Zegarra Claudio; vi) el once de septiembre de dos mil diecinueve, retornaron al Perú en el vehículo de placa DIX-015, camioneta Hyundai Santa Fe, conducido por Orlando Vela Quispe, con los pasajeros Ricardo Mamani Choque, Luis Ticona Charca y Katherine Zegarra Claudio. El doce de septiembre de dos mil diecinueve, a las 21:30 horas, en el control aduanero de Tomasiri (Tacna), personal policial y aduanero verificó el vehículo de placa AFX-092, conducido por WALTER TICONA CHARCA, acompañado por Luis Ticona Charca y Katherine Zegarra Claudio. Se advirtió que las puertas del vehículo presentaban seguros manipulados, por lo que los agentes procedieron a desmontarlos utilizando herramientas, incluyendo los de la maletera y el piso del vehículo. En los compartimentos internos se hallaron cajas pequeñas envueltas con cintas adhesivas de color amarillo y bolsas plásticas de colores negro, blanco y azul, las cuales contenían equipos celulares de las marcas Samsung, LG, Huawei, entre otras, con sus respectivos accesorios como cargadores, audífonos y baterías. El total aproximado fue de 400 unidades. Dicha mercancía no contaba con documentación sustentatoria de su ingreso legal al país. La autoridad aduanera refirió preliminarmente que el valor de dichos equipos superaba las 4 UIT (USD 44000.36 dólares), configurándose el delito aduanero de contrabando, con la agravante de haber transportado mercancías extranjeras de manera acondicionada en “caleta”, utilizando como medio de transporte la unidad vehicular mencionada, la cual —según manifestó el conductor— tenía como destino la ciudad de Moquegua. [Sic]

∞ En consecuencia, por estos hechos, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Tacna decidió condenarlo de los cargos imputados (foja 24). Posteriormente, apeló dicha decisión (foja 74) y se emitió la sentencia de vista (foja 85), que revocó la sentencia del nueve de

marzo de dos mil veintitrés en el extremo que impuso ocho años de pena privativa de libertad efectiva del recurrente y, reformándola, le impone seis años, diez meses y veintinueve días de pena privativa de libertad, y anulan solo el extremo de la reparación civil a fin de que se emita nuevo pronunciamiento.

Tercero. Ante la decisión del Tribunal de apelación, WALTER TICONA CHARCA promovió recurso de casación (foja 99). Así, por resolución del veintinueve de septiembre de dos mil veintitrés (foja 110), la Sala Penal de Apelaciones concedió el recurso y dispuso que se notifique a las partes y ordenó que se eleven los actuados a la Corte Suprema.

§ II. Del procedimiento en la sede suprema

Cuarto. Conforme al artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, se expidió el auto de calificación del veintidós de noviembre de dos mil veinticuatro (foja 133 del cuaderno supremo), por el cual se declaró bien concedido el recurso de casación únicamente por las causales 1 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, es decir, si la decisión impugnada incurrió en vulneración del deber de motivación y de la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena. Las partes fueron instruidas sobre lo decidido, según el cargo de notificación (foja 138 del cuaderno supremo).

Quinto. A continuación, se expidió el decreto del quince de mayo de dos mil veinticinco (foja 141 del cuaderno supremo), que señaló el treinta de junio de dos mil veinticinco como data para la audiencia de casación. Sobre esto se comunicó a la parte recurrente, conforme al cargo respectivo (foja 142 del cuaderno supremo).

Sexto. Llevada a cabo la audiencia pública de casación, se celebró de inmediato la deliberación en sesión privada. Efectuada la votación, corresponde dictar, por unanimidad, la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha, según el plazo previsto en el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El auto de calificación fija el objeto del pronunciamiento supremo. Así, al amparo de los numerales 1 y 4 del artículo 429 del CPP, corresponde evaluar la censura casacional admitida para determinar si la decisión impugnada vulneró el deber de motivación y la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena.

§ I. Sobre la determinación de la pena

Segundo. En la determinación de la pena, se trata de decidir el *quantum* de la pena a aplicar por la realización del hecho. En este proceso de concreción, se pueden reconocer tres fases: **(i) la determinación legal de la pena**, que es competencia del legislador; la ley señala en abstracto la clase de pena y el marco de pena, y especifica las circunstancias atenuantes y agravantes, el grado de desarrollo del delito y la participación que se concreta en ese marco genérico. **(ii) La determinación judicial**, que es competencia del juez o Tribunal; este órgano del Estado, con conocimiento y conjugación de todos los elementos, decide la pena a aplicar, tanto en calidad como en cantidad, individualizándola para el caso concreto. Y **(iii) la fase de individualización administrativa**, que se realiza en el momento de la ejecución de la pena privativa de libertad, específicamente las penitenciarias¹.

∞ Para tal decisión, resultan básicas las diferentes posturas sobre el sentido y el fin de la pena, pues ellas se manifiestan en los diferentes momentos o fases de su determinación. **De todas estas fases, sin duda, la principal es la judicial.** En ese momento se resume el por qué y el para qué de la pena, dando poco margen para la discrecionalidad y, por lo mismo, también menos ámbito para la arbitrariedad. Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, o cuando concurren unas y otras, los jueces y los Tribunales individualizarán la pena e impondrán la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, *razonándolo* y justificando *en la sentencia*².

Tercero. En cuanto a **la proporcionalidad**, esta desempeña una función importante: sobre todo una función interpretativa, respecto del razonamiento judicial. En la esencia de la función interpretativa, se encuentra la cuestión relativa a la determinación del significado de las normas jurídicas y, en particular, de la interpretación de las leyes. Dentro de esta función, la proporcionalidad se usa como criterio para la determinación del significado de la norma de origen legislativo. Para lograrlo, la proporcionalidad en sentido estricto o, lo que es igual, la noción de la ponderación, se usa por medio de la analogía. Esta función se denomina *ponderación interpretativa*³.

∞ De hecho, cuando se intenta resolver la cuestión constitucional —o bien a través del test de necesidad, o bien a través del componente de la proporcionalidad

¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (1997). *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, p. 194.

² *Idem*.

³ BARAK, Aharon. (2021). *Proporcionalidad, los derechos fundamentales y sus restricciones*. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra editores, p. 67.

en estricto sentido—, el juez no debe salir nunca de los límites del marco analítico fijado por el legislador, el que, por cierto, posee la primera obligación de ser proporcional al determinar el marco normativo. Cada test debe ser aplicado de acuerdo con sus condiciones. Solo así la rama judicial puede crear un enfoque coherente y estructurado para todo el test de la proporcionalidad⁴.

§ II. Examen del fondo del caso

Cuarto. En el presente caso, corresponde precisar que no se encuentra en debate el juicio de culpabilidad del recurrente, sino exclusivamente lo concerniente a la proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena impuesta. Sobre este punto, debe considerarse que el delito de contrabando agravado —tipificado en el primer párrafo del artículo 1 (tipo base), en concordancia con el artículo 2, literal d), y las circunstancias agravantes previstas en el artículo 10, literales g) y j), de la Ley n.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros— contempla expresamente un conjunto de agravantes específicas que incrementan la gravedad del hecho punible. Si bien al recurrente se le atribuyen dos de dichas agravantes, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

Las Salas Penales de la Corte Suprema desde los Acuerdos Plenarios n.º 1-2008/CJ-116 y n.º 5-2009/CJ-116, así como en la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433 han reconocido que en el derecho penal nacional coexisten diferentes reglas sobre la aplicación de la pena: causales de disminución o incremento de la punibilidad, circunstancias y reglas de reducción por bonificación procesal. Además, que la utilidad, función, oportunidad o eficacia de todas ellas son también distintas. También se ha aceptado en las decisiones jurisdiccionales de las Salas Penales de la Corte Suprema que hay circunstancias genéricas, circunstancias específicas y circunstancias agravantes calificadas⁵.

Quinto. Siguiendo esa línea, se tiene actualmente vigente el Acuerdo Plenario n.º 1-2023/CJ-112, según el cual, para determinar la pena, en su considerando 25, precisa que “queda establecido como disposición jurisprudencial de eficacia vinculante la aplicación del esquema operativo de tercios en el caso de los delitos donde sólo se pueden utilizar circunstancias genéricas [...]. Y aplicar el esquema operativo escalonado para los supuestos de delitos que poseen circunstancias agravantes específicas [...]”. Siendo así, en el presente caso, se tiene que el tipo base (artículo 1 de la Ley n.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros) se aplica el esquema operativo de tercios, pero en el agravado (artículo 10,

⁴ *Ibidem*, p. 587.

⁵ Fundamento jurídico 21 del Acuerdo Plenario n.º 1-2023/CIJ-112, asunto: “Determinación judicial de la pena: problemas contemporáneos y alternativas inmediatas”.

literales g y j, de la Ley n.º 28008, Ley de Delitos Aduaneros) se aplica el esquema operativo escalonado⁶.

∞ A ese respecto, al tratarse del delito de contrabando agravado —cuya pena conminada es no menor de ocho ni mayor de doce años—, la determinación judicial de la pena debe realizarse conforme al sistema escalonado. Para ello, se parte del espacio punitivo disponible, que resulta de sustraer el mínimo legal (8 años) del máximo legal (12 años), lo que da un margen de 4 años o 48 meses. Este margen se divide entre las doce circunstancias agravantes específicas previstas en el artículo 10 de la Ley n.º 28008, obteniéndose así que cada escalón represente 4 meses ($48 \div 12 = 4$). En el presente caso, al recurrente se le atribuyen dos agravantes —conforme a los literales g) y j) del artículo 10 de la citada ley—, por lo que le correspondería un incremento de dos escalones, es decir, 8 meses adicionales al mínimo legal, fijando la pena base en 8 años y 8 meses de privación de libertad.

∞ A dicha pena, se le debió aplicar la reducción de un séptimo ($1/7$), conforme a la bonificación procesal por conclusión anticipada, lo que equivale a una rebaja aproximada de 1 año, 2 meses y 17 días. En consecuencia, la pena resultante debió ser de 7 años, 5 meses y 13 días. Por tanto, la pena impuesta por el Tribunal de apelación —de 6 años, 10 meses y 29 días— se encuentra incluso por debajo del *quantum* que habría correspondido conforme al cálculo técnico-jurídico. No obstante, dicha pena se mantiene dentro del ámbito de validez que garantiza el principio de *pena justificada*⁷, más aún si el Ministerio Público no interpuso recurso alguno.

Sexto. En cuanto a la solicitud de pena suspendida con base en el principio del *interés superior del niño*, cabe señalar que este principio ha sido

⁶ En la misma línea de razonamiento, se tiene el fundamento jurídico 25 del Acuerdo Plenario n.º 1-2023/CIJ-112, asunto: “Determinación judicial de la pena: problemas contemporáneos y alternativas inmediatas”.

⁷ Cfr. Teoría y principio de pena justificada: STS n.o 7866/1982, del veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y dos; STS n.o 7231/1982, del treinta de noviembre de mil novecientos ochenta y dos. GARCÍAS PLANAS, Gabriel. (1983). “*Penas justificadas*”, en Cuadernos de la Facultad de Derecho, n.o 5, ISSN 0212-0577, pp. 149 y 150. El principio de pena justificada también ha sido reconocido en consistente jurisprudencia suprema y se presente cuando la pena impuesta se encuentra dentro el ámbito del principio de legalidad material (la pena está dentro del rango punitivo abstracto, mínimo y máximo) o procesal (la precipitación de la pena impuesta resulta imposible de ser incrementada por reenvío judicial). Cfr. Sala Penal Permanente, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Apelación 111-2022/San Martín, del veintitrés de marzo de dos mil veintitrés, fundamento decimoquinto; Casación 1429-2021/Lambayeque, del diecisiete de noviembre de dos mil veintidós, fundamento séptimo; Casación 1983-2021/Sullana, del dieciocho de octubre de dos mil veintidós, fundamento octavo; Casación 818-2022/Puno, del trece de enero de dos mil veintitrés, fundamento quinto; Casación 2621-2021/Arequipa, del veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés, fundamento quinto.

reconocido en la Sentencia Plenaria n.º 1-2018/CIJ-433 y, actualmente, incluso en el Acuerdo Plenario n.º 1-2023/CJ-112, en aplicación excepcional de reglas de reducción por bonificación procesal de origen supralegal. Y explaya lo siguiente:

48°. Límites convencionales de reducción de la pena para construir una pena concreta justa. Resulta pertinente desarrollar algunos criterios rectores que orienten la decisión judicial para aplicar una pena justa en base a la eficacia excepcional de reglas de reducción por bonificación procesal y que son de origen convencional como la concerniente a la afectación del plazo razonable del juzgamiento o la derivada del *principio del interés superior del niño, niña y adolescentes*.

∞ Asimismo, conforme a la Observación General n.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de la Convención sobre derechos del niño⁸, se establece que el principio del *interés superior del niño* tiene una triple dimensión: como **derecho sustantivo**, **principio interpretativo** y **norma procedimental**. Impone al juez la obligación de identificar y ponderar todos los elementos relevantes del caso concreto.

Séptimo. En tal virtud, debe evaluarse siempre en atención al caso concreto. Si bien dicho principio es orientador de la decisión jurisdiccional —como todos los principios generales del derecho—, la invocación del interés superior del niño (por el recurrente) no se garantiza automáticamente con la sola condición de ser padre o madre de un menor, sino que exige valorar las circunstancias del hecho delictivo, su gravedad y las consecuencias sociales y personales, entre otros, que se trate de un deudor alimentario o de una persona con antecedentes de violencia familiar o peor con medidas de aseguramiento vigentes, en consonancia con los fines de la pena y el principio de justicia material. No obstante, no se puede soslayar que, por un lado, la norma sustantiva —el artículo 45-A, segundo párrafo, del Código Penal estipula que la pena se aplica “dentro de los límites fijados por ley”—, establezca que se deben respetar los márgenes legales en la determinación de la pena y que, por otro lado, la sola invocación de dicho principio faculte a imponer —a libre albedrío— una sanción inferior a la penalidad abstracta o su suspensión.

∞ La doctrina precisa que es en realidad en el carácter convencional y legal del nexo retributivo que une la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de la pena se realice por el legislador y el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del hecho delictivo. De este modo, no existen criterios naturales, sino pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y cantidad de la penalidad adecuada a cada delito⁹.

⁸ Véase <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>

⁹ FERRAJOLI, Luigi. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, p. 398.

Octavo. Así las cosas, a partir de una *ponderación interpretativa*, el Tribunal de apelación, al momento de determinar la pena impuesta al recurrente, no se limitó a aplicar mecánicamente la sanción prevista, sino que interpretó la norma en armonía con los valores constitucionales relevantes, tales como el derecho a la libertad personal, la finalidad resocializadora de la pena y los principios de prevención general y especial. Esta labor hermenéutica permitió optar por una pena razonable y proporcional, incluso imponiendo una pena por debajo de la que le hubiera correspondido en aplicación de correcta bonificación procesal, pese a que el artículo 45-A del Código Penal establece como regla fundamental que la pena debe imponerse dentro de los límites legales.

∞ Ahora bien, para determinar si corresponde aplicar o no, a estas alturas, una pena suspendida, en el caso concreto, resulta que no corresponde. En *primer lugar*, si bien en el artículo 57 del Código Penal el legislador, a la fecha (Decreto Legislativo n.º 1585), ha amplificado la zona de suspensión cuando la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cinco años, siempre es una facultad del juzgador, no es una obligación imperativa. El operador deóntico facultativo (“puede”) se impone¹⁰. En *segundo lugar*, para determinar si debe proclamarse una pena suspendida o no, ya no corresponde revisar las agravantes o las circunstancias del tipo penal, sino si a partir de los datos procesales hay un pronóstico de que el sentenciado no vuelva a cometer un delito¹¹.

Noveno. Aun cuando se alega, de manera general, que corresponde aplicar el principio del *interés superior del niño* para justificar la suspensión de la pena, dicha invocación carece de sustento fáctico, probatorio y jurídico. El principio del *interés superior del niño* —reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en jurisprudencia nacional como la Sentencia Plenaria n.º 1-2018/CIJ-433 y Acuerdo Plenario n.º 01-2023—, como se señaló *ut supra*, no opera en todos los delitos ni de forma automática ni indiscriminada para modular o exonerar el cumplimiento efectivo de la pena. Su aplicación requiere un análisis casuístico, específico y excepcional del daño colateral que afectaría gravemente los derechos fundamentales del menor, tales como un *desamparo absoluto*, además de la inexistencia de antecedentes de maltrato o violencia familiar o que no se trate de un deudor alimentario; u otras circunstancias extremas que permitan una excepción a la ejecución de la pena privativa de libertad, las cuales no han sido desarrolladas ni probadas por el recurrente.

¹⁰ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Apelación n.º 192-2023/Lima, del veintidós de abril de dos mil veinticuatro, fundamento jurídico quinto.

¹¹ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación n.º 473-2023/La Libertad, del dieciocho de septiembre de dos mil veinticuatro, fundamento décimo tercero.

Asimismo, la regla es que la pena debe ser impuesta y ejecutada con base en los principios de legalidad, proporcionalidad, prevención y retribución justa más allá de la aplicación de causales de disminución de punibilidad o de bonificación procesal. Conforme al artículo 45 y siguientes del Código Penal, la pena debe situarse dentro de los márgenes establecidos por la ley y debe responder a la gravedad del hecho y la culpabilidad del agente.

∞ Por lo tanto, la protección de los hijos no puede *instrumentalizarse* para evitar el cumplimiento adecuado de la pena. No basta la condición personal de ser padre o madre para alterar el juicio de reproche. Aceptar una suspensión de la pena sobre la base de una invocación genérica del principio del *interés superior del niño* —sin prueba ni justificación concreta— supondría distorsionar el sentido y función de la pena, vaciar de contenido el principio de legalidad penal y otorgar privilegios injustificados que podrían afectar la coherencia del sistema de justicia penal. A tenor de lo indicado, el recurrente no ha demostrado ninguna circunstancia extraordinaria o excepcional pasible de una aplicación de un *test objetivo*¹² (según el estándar del sentido común), que permita hacer indispensable una medida de suspensión de la pena. Pues, en realidad, es el juez el que debe llegar a la conclusión de que una serie de alternativas —incluida aquella determinada por la ley— satisface la necesidad de restringir el derecho fundamental en una forma menos restrictiva (como una pena suspendida), además de que no hay una relación causal entre el delito cometido y el interés del/los/ hijo/s.

∞ En la audiencia de casación, el letrado incluyó otros agravios sorprendidos que no fueron materia del concesorio ni tampoco fueron recurridos, como el plazo razonable, por lo que, al resultar impertinentes, no corresponde pronunciamiento alguno, por ser claramente improcedente añadir agravios extemporáneos que no son materia del recurso; el principio de congruencia recursal se impone.

Décimo. Por todo lo expuesto, al no configurarse la causal casatoria por la que se admitió el recurso, la casación se declara infundada. Y, en atención al artículo 504, numeral 2, del CPP, al recurrente le corresponde el pago de costas. La liquidación estará a cargo de la secretaria de esta Sala Penal Suprema, mientras que la ejecución le concierne al juez de investigación preparatoria competente.

¹² BARAK, Aharon. (2021). Ob. cit., pp. 361 y 362. “Como tal, una pena de prisión perpetua restringe el derecho a la vida menos que una pena de muerte y una pena de cinco años constituye una restricción de menor magnitud que una pena de diez años en relación al mismo derecho. La respuesta a la cuestión objetiva —de si la restricción impuesta a través de medios alternativos tiene una menor magnitud— corresponde a una determinación jurídica (más que a una determinación fáctica). Esta respuesta debe ser provista por los jueces”.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos que integran la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica WALTER TICONA CHARCA contra la sentencia de vista del veintitrés de agosto de dos mil veintitrés (foja 85), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que revocó la sentencia de primera instancia del nueve de marzo de dos mil veintitrés, en el extremo de la pena y la reformó a seis años, diez meses y veintinueve días, como autor del delito de contrabando agravado —primer párrafo del artículo 1, concordante con los artículos 2 (literal d) y 10 (literales g y j) de la Ley n.º 28008, Ley de Delitos Aduaneros—, en agravio del Estado; con lo demás que contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista.
- II. **CONDENARON** al sentenciado WALTER TICONA CHARCA al pago de costas procesales correspondientes, las cuales serán liquidadas por la secretaría de esta Sala Penal Suprema y exigidas por el juez de investigación preparatoria competente.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia sea leída en audiencia pública, se notifique a las partes apersonadas en esta sede suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. **ORDENARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional competente para que proceda conforme a ley. Archívese el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LUJÁN TÚPEZ
ALTABÁS KAJATT
PEÑA FARFÁN
MAITA DORREGARAY

MELT/jmelgar