

Otros trabajos y publicaciones desarrolladas por la Secretaría Técnica de la CEI-CPP, disponibles en la Página Web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: <http://www.minjus.gob.pe/cpp/comision>

- Informe de los 100 días de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal.
- Informe General sobre los resultados de la aplicación del Código Procesal Penal – Abril 2010
- Informe Estadístico Nacional, Hacia Una Justicia Rápida y Transparente, Informe Estadístico Nacional 2006-2010.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de Huaura, Junio 2010.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de La Libertad, Junio 2010.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de Tacna, Junio 2010.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de Moquegua, Junio 2010.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de Arequipa, Junio 2010.
- Código Procesal Penal 2004, Decreto Legislativo N° 957. Normas complementarias para la implementación, acuerdos plenarios y flujogramas del proceso penal.

La jurisprudencia juega, en un Estado Constitucional de Derecho, un papel muy importante, no sólo como fuente de Derecho, sino también en la búsqueda de la seguridad jurídica que requiere, esto es, la predictibilidad de la administración de justicia. El presente trabajo busca dotar de información necesaria a los actores del derecho, acopiando resoluciones que se vienen dando a nivel nacional en los Distritos Judiciales donde se aplica el nuevo sistema de justicia penal, sobre todo con la finalidad de poner en conocimiento público el tratamiento jurisdiccional de muchas instituciones.

© Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Secretaría Técnica
Comisión Especial de Implementación
Código Procesal Penal
<http://www.minjus.gob.pe/cpp/comision>



Jurisprudencia Nacional
Código Procesal Penal
Decreto Legislativo 957

Jurisprudencia Nacional Código Procesal Penal

Decreto Legislativo N° 957

**Comisión Especial de Implementación
Secretaría Técnica
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**



Casona del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

**Jurisprudencia Nacional
Código Procesal Penal
Decreto Legislativo N° 957**

**Comisión Especial de Implementación
Código Procesal Penal
Secretaría Técnica**

El presente libro “Jurisprudencia Nacional, Código Procesal Penal” es un trabajo realizado por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. Para su publicación se ha acopiado distintas resoluciones de los primeros 10 distritos judiciales donde se viene aplicando el CPP de manera integral, así como del distrito judicial de Lima, para los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos.

La finalidad de la presente obra es la de dotar de material didáctico de función jurisdiccional que se viene dando en la aplicación del Código Procesal Penal, tan necesaria para los distritos donde se aplica el Código, así como para aquellos donde se implementará.

El presente libro es el primer tomo de un conjunto de documentos que viene trabajando la Secretaría Técnica, los mismos que serán puestos a disposición de los distintos actores del nuevo sistema de justicia penal.

**COMISIÓN ESPECIAL DE IMPLEMENTACIÓN
CÓDIGO PROCESAL PENAL**
Presidencia:
DR. JUAN FEDERICO JIMÉNEZ MAYOR
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

**Colección
REFORMA**

Perú

Comisión Especial de Implementación del CPP

Reforma Procesal Penal

Justicia rápida y transparente

Tomo I

Jurisprudencia Nacional
Código Procesal Penal
Decreto Legislativo N° 957

Colección
REFORMA

Colección
REFORMA

Tomo I
Jurisprudencia Nacional
Código Procesal Penal
D.L. N° 957
2012

ISBN: 978-612-46048-6-7



© **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**

Comisión Especial de Implementación
Código Procesal Penal
<http://www.minjus.gob.pe/cpp/comision>

Scipión Llona N° 350 Miraflores,
Lima 18. Perú

Teléfonos:
(511) 204-8020
(511) 204-8076
(Anexo 1268/1397)

Edición: A cargo de la Secretaría Técnica CEI-CPP

Impreso en Perú
Representaciones Generales 2000 S.A.C.
<http://www.representacionesgenerales2000.com>

Tiraje: 1000 ejemplares

Enero 2012



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Ministerial

Comisión Especial
de Implementación
del Código Procesal Penal

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CÓDIGO PROCESAL PENAL

Decreto Legislativo N° 957

Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal
Secretaría Técnica

Enero de 2012

La Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación ha creído conveniente acopiar diferentes resoluciones judiciales que se vienen dando a nivel nacional en los Distritos Judiciales donde se aplica el nuevo sistema de justicia penal, sobre todo con la finalidad de poner en conocimiento público el tratamiento jurisdiccional de muchas instituciones procesales y contribuir al enriquecimiento de la cultura jurídica en nuestro país de una manera pragmática.

DR. JUAN FEDERICO JIMÉNEZ MAYOR

Ministro de Justicia y Derechos Humanos
Presidente de la Comisión Especial de Implementación del CPP

Edición al cuidado de:

Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del CPP
Carlos Zoe Vásquez Ganoza
(Secretario Técnico)

Equipo Responsable:

José Antonio Huaylla Marín
Raúl Ernesto Martínez Huamán
Edward Alberto Vega Rojas
(Integrantes)

Esta obra es de circulación nacional y está destinada a los jueces, fiscales, policías, defensores públicos, defensores privados, estudiantes de derecho y a la ciudadanía en general.

Reservados todos los derechos al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del titular de Copyright.

Esta publicación es de carácter gratuito y acepta canjes con publicaciones de temas jurídicos y de ciencias sociales en general.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Registro N° 2011-15957

AGRADECIMIENTOS

Esta obra no se hubiera podido publicar sin el apoyo de los distintos órganos jurisdiccionales que, a través de la remisión de resoluciones judiciales, han aportado parte de sus experiencias en la aplicación del Código Procesal Penal. Para todos y cada uno de ellos el agradecimiento especial e institucional.

DISTRITO JUDICIAL DE HUAURA

TEJADA AGUIRRE, JULIO ERNESTO

DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD

BURGOS MARIÑOS, VÍCTOR ALBERTO
MERINO SALAZAR, CARLOS EDUARDO
TABOADA PILCO, ELISEO GIAMMPOL

DISTRITO JUDICIAL DE TACNA

DE LA BARRA BARRERA, JOSÉ FELIPE

DISTRITO JUDICIAL DE MOQUEGUA

PARI TABOADA, ROGER
SALINAS MENDOZA, ALFREDO

DISTRITO JUDICIAL DE AREQUIPA

ARCE VILLAFUERTE, JOSÉ HUMBERTO
MENDOZA AYMA, FRANCISCO CELIS
SALAS ARENAS, JORGE LUIS

DISTRITO JUDICIAL DE TUMBES

VELARDE ABANTO, OSWALDO SIMÓN

DISTRITO JUDICIAL DE PIURA

CHECKLEY SORIA, JUAN CARLOS
FERNÁNDEZ REFORME, FRANCISCO MANUEL

DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

GUILLERMO PISCOYA, JUAN RIQUELME
MEDINA MEDINA, WILSÓN VITALIANO

DISTRITO JUDICIAL DE CUSCO

ÁLVAREZ DUEÑAS, PEDRO
JIMÉNEZ LUNA, ROGER
OCHOA MUÑOZ, REYNALDO
SILVA ASTETE, MARIO HUGO

DISTRITO JUDICIAL DE PUNO

CALIZAYA COILA, VÍCTOR
JAUREGUI MERCADO, EDSON AUGUSTO
MORALES SEGURA, MARÍA CANDELARIA

DISTRITO JUDICIAL DE LIMA (Anticorrupción)

CASTAÑEDA OTSU, SUSANA YNES
MAITA DORREGARAY, SARA DEL PILAR
SALINAS SICCHA, EMÉRITO RAMIRO

PRÓLOGO

La metodología asumida por el Estado peruano para la implementación de la Reforma Procesal Penal ha sido una de carácter gradual o progresivo¹. Ello se debe a dos razones: la primera de carácter presupuestal, por todo lo que significa para el Estado invertir en la implementación de un nuevo sistema de justicia penal; la segunda, técnica, por la trascendental modificación de la estructura del proceso penal que el nuevo código plantea².

Desde el plano material, la implementación progresiva ha servido para complementar el plano formal o normativo desde dos puntos estratégicos. El primero de ellos administrativo, es decir, el sistema operativo funcional desde el cual se desarrolla el nuevo sistema de justicia penal: la modernización de los despachos judiciales, fiscales, organización de la Defensa Pública, así como los procedimientos operativos de la Policía Nacional de Perú³; el segundo, jurisdiccional, al haberse establecido novísimas instituciones procesales y, sobre todo, una nueva metodología: la oralidad en la que se desarrolla.

La jurisprudencia juega, en un Estado Constitucional de Derecho, un papel muy importante, no sólo como fuente de Derecho, sino también en la búsqueda de la seguridad jurídica que requiere, esto es, la predictibilidad de la administración de justicia. No cabe duda que, en este último plano, ha sido muy importante la política jurisdiccional asumida por la Corte Suprema de Justicia de la República en la búsqueda de unificar criterios a través de los distintos acuerdos plenarios y casaciones emitidas en los últimos años.

Ad portas de cumplir seis años de implementación, sigue siendo necesario continuar impulsando la Reforma Procesal Penal no sólo desde el plano presupuestal, sino principalmente desde el técnico, buscando que la justicia penal sea eficaz, transparente y garantista, colocando a nuestro país en un estándar internacional adecuado a la vigencia de los derechos humanos, sin descuidar la necesaria defensa de la sociedad frente al delito. Es en este último aspecto en que el presente trabajo recae, por cuanto busca dotar de información necesaria a los actores del derecho, acopiando resoluciones que se vienen dando a nivel nacional en los Distritos Judiciales donde se aplica el nuevo sistema de justicia penal, sobre todo con la finalidad de poner en conocimiento público el tratamiento jurisdiccional de muchas instituciones que, por la progresividad de la implementación, aún no han sido abordados por la Suprema Corte, mucho menos ha existido consenso a nivel nacional sobre su interpretación.

Así, el presente libro se publica con la finalidad de ser fuente de lectura y debate, característica de un sistema de justicia penal dinámico que debe buscar siempre la predictibilidad de sus decisiones.

Miraflores, enero de 2012
Dr. JUAN FEDERICO JIMÉNEZ MAYOR
Ministro de Justicia y Derechos Humanos
Presidente de la Comisión Especial de Implementación
Código Procesal Penal

1 Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 957.

2 Ver Plan de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/cpp/documentos/PLAN-DE-IMPLEMENTACION-DEL-NUEVO-CPP.pdf>; de igual forma puede verse en la exposición de motivos del proyecto de ley del Código Procesal Penal: "(...) Es fundamental tener presente que el proceso de reforma implica un cambio estructural a la vez cultural y que por lo mismo no podrá realizarse de la noche a la mañana. Por ello, es que se propone, una vez culminada la tarea legislativa, iniciar un proceso metódico de implementación en el que la pauta principal será la progresividad."

3 Véase el "Manual para el Desarrollo del Plan de Investigación", disponible en: http://www.mpfj.gob.pe/descargas/convenios/07092011121822_MINISTERIO%20DEL%20INTERIOR%20-%20PNP.pdf

PRESENTACIÓN

Dentro del Plan Operativo Institucional que desarrolla la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal (CPP) se encuentra, además de las actividades de gestión y monitoreo de la reforma, la realización de talleres especializados sobre la aplicación del CPP a los diferentes actores del sistema, ya sea de carácter jurisdiccional o trabajos conjuntos en la investigación del delito, siempre con una visión sistémica y transversal, característica principal de esta política pública que representa para el Estado la Reforma Procesal Penal⁴.

Ha sido en el transcurrir de estos talleres en los que se ha visto la necesidad de dotar de material jurisdiccional, en los que se aprecie el tratamiento de las distintas instituciones procesales que regula el CPP, a los distintos Distritos Judiciales que vienen aplicando el nuevo sistema de justicia penal y aquellos próximos a aplicarlo.

El aprovechamiento de esta herramienta depende del estudio crítico por parte de los actores del sistema sobre la función jurisdiccional que se viene desarrollando en la aplicación del CPP. Así, lejos de establecerse como prácticas acabadas, el acopio de las resoluciones que aquí se plasman debe servir para que, debido a la autonomía de sus funciones, los distintos actores tomen posición respecto de las mismas, con la finalidad de buscar la predictibilidad que requiere el nuevo sistema de justicia penal.

Para que el presente documento pueda hoy ser publicado, ha sido indispensable la predisposición y cooperación de los distintos Magistrados que vienen aplicando el CPP, para los cuales se ha establecido, al inicio de la obra, el agradecimiento institucional por ello. Vale aclarar que el presente documento contiene resoluciones de los Distritos Judiciales de Huaura, La Libertad, Tacna, Moquegua, Arequipa, Tumbes, Piura, Lambayeque, Cusco, Puno y Lima (anticorrupción).

El presente libro contiene cuatro capítulos. El primero de ellos dedicado a la investigación preparatoria y, en tal sentido, a las principales audiencias que se realizan en dicha etapa. El segundo capítulo está destinado a la etapa intermedia, mostrándose las distintas variantes que se pueden producir en el control formal y sustancial de los requerimientos fiscales. El tercer capítulo se avoca al juicio oral. En esta parte del libro se abordan dos tipos de audiencias que, conforme a las estadísticas nacionales⁵, son las que más se producen: la conformidad del procesado a través de la conclusión anticipada y el desarrollo del juicio oral propiamente dicho. El cuarto capítulo presenta la etapa recursiva de la segunda instancia, en especial del tratamiento de las impugnaciones sobre autos y sentencias.

El presente libro corresponde al primer tomo de un conjunto de proyectos que ha emprendido la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del CPP, a fin de dotar de material necesario a los distintos actores del nuevo sistema de justicia penal, esperando sea de suma ayuda en la consolidación de la Reforma Procesal Penal, política pública que ha asumido el Estado Peruano como una de las más importantes en la administración de justicia.

Miraflores, enero de 2012
CARLOS ZOE VÁSQUEZ GANOZA

Secretario Técnico
Comisión Especial de Implementación
Código Procesal Penal

⁴ Entre los meses de agosto a diciembre de 2011, la Secretaría Técnica ha realizado talleres especializados en los Distritos Judiciales de Madre de Dios, Moquegua, Puno, Ica, Cañete y Cajamarca. Adicionalmente, se ha ejecutado los cursos básicos de capacitación previos a la implementación del 2012 en los Distritos Judiciales de Santa, Ancash y Huánuco, así como algunos cursos especializados en temas de corrupción de Lima y Callao.

⁵ Ver "La Reforma Procesal Penal Peruana, Hacia una Justicia rápida y transparente, Informe Estadístico Nacional 2006-2010", Ministerio de Justicia, Junio - 2011. Disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/portada/cppLibroWeb.pdf>

PRÓLOGO PRESENTACIÓN

CAPÍTULO I INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

SUBCAPÍTULO I: MEDIDAS COERCITIVAS

Res.		Pág.
01	DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL: PRESUPUESTOS MATERIALES PARA SU IMPOSICIÓN	25
02	DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL: IMPROCEDENCIA ANTE LA INEXISTENCIA DE RAZONES PLAUSIBLES PARA CONSIDERAR QUE UNA PERSONA HA COMETIDO UN DELITO	31
03	PRISIÓN PREVENTIVA: AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES PARA SU IMPOSICIÓN	33
04	PRISIÓN PREVENTIVA: PRESUPUESTOS MATERIALES PARA SU IMPOSICIÓN	38
05	PROLONGACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA: ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE CUANDO SE REQUIERE EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO	42
06	PRISIÓN PREVENTIVA: NO SE TENDRÁ EN CUENTA PARA EL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS EL TIEMPO EN QUE LA CAUSA SUFRIERE DILACIONES MALICIOSAS ATRIBUIBLES AL IMPUTADO O A SU DEFENSA	48
07	CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: IMPROCEDENCIA ANTE LA NO EXISTENCIA DE NUEVOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE DEMUESTREN QUE NO CONCURREN LOS MOTIVOS QUE DETERMINARON SU IMPOSICIÓN	52

SUBCAPÍTULO II: MEDIDAS LIMITATIVAS

08	ALLANAMIENTO: SOLICITUD Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL FUERA DE LOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO O DE PELIGRO INMINENTE DE SU PERPETRACIÓN	57
09	ALLANAMIENTO: SOLICITUD Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL FUERA DE LOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO O DE PELIGRO INMINENTE DE SU PERPETRACIÓN	61
10	ALLANAMIENTO: SOLICITUD DE CONFIRMATORIA JUDICIAL EN CASOS DE FLAGRANTE DELITO O DE PELIGRO INMINENTE DE SU PERPETRACIÓN	63
11	EXAMEN CORPORAL DEL IMPUTADO: SOLICITUD DE CONFIRMATORIA EN CASOS DE URGENCIA O PELIGRO POR LA DEMORA	66
12	INCAUTACIÓN: IMPROCEDENCIA DEL REEXAMEN DE INCAUTACIÓN ANTE LA NO VARIACION DE LOS PRESUPUESTOS INICIALES QUE DETERMINARON SU IMPOSICIÓN	68
13	INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES Y TELECOMUNICACIONES: PRESUPUESTOS MATERIALES Y PROCESALES PARA SU PROCEDENCIA	71

SUBCAPÍTULO III: PRUEBA ANTICIPADA

14	PRUEBA ANTICIPADA: FALTA DE MOTIVOS FUNDADOS QUE DETERMINEN SU PROCEDENCIA	79
-----------	--	----

15	PRUEBA ANTICIPADA: LA ACREDITACIÓN DE LA URGENCIA NO ADMITE MERAS PRESUN- CIONES O SUPUESTOS FUTUROS _____	81
16	PRUEBA ANTICIPADA: FALTA DE MOTIVOS FUNDADOS PARA CONSIDERAR QUE LA DILI- GENCIA DE CAREO NO PODRÁ REALIZARSE EN JUICIO _____	83

SUBCAPÍTULO IV: CONTROL DE PLAZOS

17	CONTROL DE PLAZO: EXCESIVA DURACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES _____	87
18	CONTROL DE PLAZOS: SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA _____	90
19	CONTROL DE PLAZOS: VENCIMIENTO DEL PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA _____	92

SUBCAPÍTULO V: TUTELA DE DERECHOS

20	TUTELA DE DERECHOS: LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA _____	97
-----------	---	----

SUBCAPÍTULO VI: ACCIÓN CIVIL

21	ACTOR CIVIL: PRELACIÓN DEL ORDEN SUCESORIO PARA SU CONSTITUCIÓN _____	105
22	TERCERO CIVIL: OPORTUNIDAD Y FORMA PARA SU INCORPORACIÓN _____	107

SUBCAPÍTULO VII: TERMINACIÓN ANTICIPADA

23	TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO: OPORTUNIDAD DE SU CELEBRACIÓN _____	113
24	TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO: CONTROL DE LEGALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA PENA ACORDADA _____	118
25	TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO: CONTROL DE LA TIPICIDAD DEL ACUERDO _____	122
26	TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO: DESAPROBACIÓN DEL ACUERDO PARCIAL FRENTE A PLURALIDAD DE IMPUTADOS _____	126

SUBCAPÍTULO VIII: PROCESO INMEDIATO

27	PROCESO INMEDIATO: PRESUPUESTOS MATERIALES PARA SU INCOACIÓN _____	133
-----------	--	-----

CAPÍTULO II ETAPA INTERMEDIA

SUBCAPÍTULO I: CONTROL DE SOBRESEIMIENTO

28	SOBRESEIMIENTO: ELEVACIÓN DE LOS ACTUADOS EN CONSULTA AL FISCAL SUPERIOR _____	139
29	SOBRESEIMIENTO: ELEVACIÓN DE LOS ACTUADOS EN CONSULTA AL FISCAL SUPERIOR _____	141
30	SOBRESEIMIENTO: ELEVACIÓN DE LOS ACTUADOS EN CONSULTA AL FISCAL SUPERIOR _____	145
31	SOBRESEIMIENTO: ELEVACIÓN DE LOS ACTUADOS EN CONSULTA AL FISCAL SUPERIOR _____	151
32	SOBRESEIMIENTO: OPOSICIÓN DE LA PARTE AGRAVIADA, SOLICITANDO SE REALICE UNA INVESTIGACIÓN SUPLEMENTARIA _____	157
33	SOBRESEIMIENTO: EXISTENCIA DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN (LEGÍTIMA DEFENSA) _____	161

SUBCAPÍTULO II: CONTROL DE ACUSACIÓN

34	ACUSACIÓN: CONTROL FORMAL Y EFECTO DEVOLUTIVO PARA SU SUBSANACIÓN	171
35	ACUSACIÓN: SOBRESEIMIENTO POR INTERDICCIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE	174
36	ACUSACIÓN: SOBRESEIMIENTO POR IMPOSIBILIDAD DE INCORPORAR NUEVOS DATOS A LA INVESTIGACIÓN E INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN SUFICIENTES	176
37	ACUSACIÓN: SOBRESEIMIENTO POR PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL - ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN DILIGENCIAS PRELIMINARES NO INTERRUMPEN LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL ORDINARIA	184
38	ACUSACIÓN: NULIDAD ABSOLUTA FRENTE A LA INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DEL AGRAVIADO	206
39	ACUSACIÓN: CONTROL SUSTANCIAL DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN	208

CAPÍTULO III JUZGAMIENTO

SUBCAPÍTULO I: CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL

40	CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL: CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACUERDO	217
41	CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL: CONFORMIDAD RESPECTO DE LOS HECHOS MATERIA DE ACUSACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL DEBATE A LA APLICACIÓN DE LA PENA Y FIJACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL	222
42	CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL: CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACUERDO	231
43	CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL: CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CONFORMIDAD Y SU CORROBORACIÓN	235

SUBCAPÍTULO II: JUICIO ORAL

44	JUICIO ORAL: VALORACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y DECISIÓN JUDICIAL FRENTE A UNA ACUSACIÓN ALTERNATIVA	241
45	JUICIO ORAL: RETIRO DE ACUSACIÓN	252

CAPÍTULO IV SEGUNDA INSTANCIA

SUBCAPÍTULO I: APELACIÓN DE AUTOS

46	APELACIÓN DE AUTO: CITACIÓN O COMUNICACIÓN A LOS ÓRGANOS DE PRUEBA A TRAVÉS DE LOS SUJETOS PROCESALES	265
47	APELACIÓN DE AUTO: PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA IMPOSICIÓN DEL IMPEDIMENTO DE SALIDA DEL PAÍS	270
48	APELACIÓN DE AUTO: PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	277
49	APELACIÓN DE AUTO: NO ES REQUISITO PREVIO LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PARA EMITIR ACUSACIÓN DIRECTA	281
50	APELACIÓN DE AUTO: PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	284

51	APELACIÓN DE AUTO: TUTELA DE DERECHOS PARA LA EXCLUSIÓN DE MATERIAL PROBATORIO	287
52	APELACIÓN DE AUTO: PRÓRROGA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y CONTROL DE PLAZO	290
53	APELACIÓN DE AUTO: IMPROCEDENCIA DE CONTROL JUDICIAL DE LA DISPOSICIÓN FISCAL DE FORMALIZAR LA INVESTIGACIÓN	293
54	APELACIÓN DE AUTO: SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LAS REGLAS DE CONDUCTA POR PARTE DEL JUZGADO EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN	296
55	APELACIÓN DE AUTO: SOLO PROCEDERÁ INSTAR UN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL FRENTE A UNA DENEGATORIA FISCAL DE LA REALIZACIÓN DE UNA DILIGENCIA POR QUIENES LA SOLICITARON	298
56	APELACIÓN DE AUTO: IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE CONTROL DE PLAZO CONTRA LA CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	301
57	APELACIÓN DE AUTO: CARÁCTER RESIDUAL DE LA TUTELA DE DERECHOS	307
58	APELACIÓN DE AUTO: COMPUTO DEL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES PARA CASOS ADECUADOS AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	311
59	APELACIÓN DE AUTO: TUTELA DE DERECHOS FRENTE AL COBRO DE TASAS PARA LA EXPEDICIÓN DE COPIAS SIMPLES DEL EXPEDIENTE FISCAL Y/O JUDICIAL	315
60	APELACIÓN DE AUTO: LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES INTERRUMPEN EL PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL	319
61	APELACIÓN DE AUTO: CONTROL DE PLAZO DE DILIGENCIAS PRELIMINARES POR REITERADAS DISPOSICIONES DE PRÓRROGA DEL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y POR HABER SIDO EXPEDIDAS EN PLAZO VENCIDO	326

SUBCAPÍTULO II: APELACIÓN DE SENTENCIAS

62	APELACIÓN DE SENTENCIA: NULIDAD DE SENTENCIA CONDENATORIA POR DEFECTO EN LA MOTIVACIÓN	335
63	APELACIÓN DE SENTENCIA: IMPOSIBILIDAD DE CONDENA DEL QUE FUE ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA	340
64	APELACIÓN DE SENTENCIA: LA FALTA DE CONFIRMACIÓN JUDICIAL DE LA INCAUTACIÓN NO INVÁLIDA LA PRUEBA OBTENIDA POR ELLA	346
65	APELACIÓN DE SENTENCIA CONFORMADA: REDUCCIÓN DE LA PENA POR CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL	350
66	APELACIÓN DE SENTENCIA: NULIDAD POR LA INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS DEL AGRAVIADO	353
67	APELACIÓN DE SENTENCIA: SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LAS REGLAS DE CONDUCTA POR PARTE DEL FISCAL EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN	358
68	APELACIÓN DE SENTENCIA: NULIDAD POR INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PREVISTOS POR LA CONSTITUCIÓN (MOTIVACIÓN APARENTE)	362
69	APELACIÓN DE SENTENCIA: PREVARICATO FRENTE A LA INDEBIDA APLICACIÓN DE UN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN UN DELITO COMETIDO POR FUNCIONARIO PÚBLICO	367
70	APELACIÓN DE SENTENCIA: NO PROCEDE LA NULIDAD DEL JUICIO FRENTE A LA INACCIÓN Y CONFORMIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO	376

71	APELACIÓN DE SENTENCIA: NULIDAD FRENTE A LA INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS CONTENIDOS POR LA CONSTITUCIÓN (DEFICIENTE E INCOHERENTE MOTIVACIÓN)	379
72	APELACIÓN DE SENTENCIA: IMPOSIBILIDAD DE CONDENA DEL QUE FUE ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA	383
73	APELACIÓN DE SENTENCIA: NULIDAD POR INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN (MOTIVACIÓN APARENTE)	394
74	APELACIÓN DE SENTENCIA: NULIDAD POR INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN (MOTIVACIÓN APARENTE)	398
75	APELACIÓN DE SENTENCIA: NULIDAD POR INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN (ERROR EN LA TIPIFICACIÓN DEL HECHO)	401

ABREVIATURAS

CP	:	Código Penal
NCPP	:	Nuevo Código Procesal Penal
Const.	:	Constitución Política del Perú
Cas.	:	Casación
LOPJ	:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOMP	:	Ley Orgánica del Ministerio Público
AP	:	Acuerdo Plenario
CJ	:	Criterio Jurisprudencial
R.A.	:	Resolución Administrativa
P.J.	:	Poder Judicial
CPC	:	Código Procesal Constitucional
C. de P.P.	:	Código de Procedimientos Penales de 1940
LTV	:	Ley de Títulos Valores
PIDCP	:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CADH	:	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	:	Código Civil
CIDH	:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	:	Tribunal Constitucional
AA	:	Acción de Amparo
PHC	:	Proceso de Hábeas Corpus
Exp.	:	Expediente
DUDH	:	Declaración Universal de Derechos Humanos
JURISP	:	Jurisprudencia
CSJA	:	Corte Superior de Justicia de Arequipa
Ejec. Sup.	:	Ejecutoria Suprema
R.N.	:	Resolución Nacional
A.I.	:	Acción de Inconstitucionalidad

CAPÍTULO

Investigación Preparatoria

Medidas Coercitivas

SUBCAPÍTULO I

DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL:**01****PRESUPUESTOS MATERIALES PARA SU IMPOSICIÓN**

"[...] Que se advierte que los recaudos iniciales presentados por el Ministerio Público, resultan suficientes para determinar el dictado de una medida de carácter excepcional como la detención preliminar y teniendo en cuenta el fin de la misma, que a diferencia de la Prisión Preventiva, busca a) Consequir elementos de investigación mediante la realización de diligencias urgentes; b) Es una medida PRE cautelar; c) Se incoa en las diligencias preliminares y d) Requiere que existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito y cierta posibilidad de fuga".

"[...] Así se puede concluir que con los recaudos remitidos a este despacho por la Fiscalía, se advierten que existen elementos que permiten validar el primer supuesto de detención preliminar (art. 261, numeral 1, inc. a)".

"[...] En consecuencia se configuraría la necesidad de la medida al encontrarnos frente al presupuesto legal contenido en el inciso 3 del artículo 253 del código en comento. Siendo que en efecto frente a las amenazas de reanudar la medida de protesta y radicalizar la misma, es necesario prevenir esta actuación que ha generado gran conmoción social en los pobladores de Puno y frente a los actos violentos suscitados".

Base Legal: CP: Arts. 50°, 186.2°, 186.3°, 186.6°, 206.2°, 206.3°, 283°, 315°; NCPP: Arts. VI, 253.3°, 261°, 262°, 264°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE PUNO**

EXPEDIENTE	: 00682-2011-65-2101-JR-PE-02
JUEZ	: MARÍA CANDELARIA MORALES SEGURA
MINISTERIO PÚBLICO	: PRIMERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA
IMPUTADO	: ADUVIRI CALISAYA, WALTER Y OTROS
AGRAVIADO	: COLECTIVIDAD DEL ESTADO PERUANO
ESPECIALISTA	: VÍCTOR RAUL TACURI IDME
DELITO	: HURTO AGRAVADO

**Resolución N° Uno
Puno, nueve de junio
Del año dos mil once**

VISTOS:

El requerimiento de detención preliminar judicial de fecha siete de junio del año en curso y escrito complementario de fecha ocho de junio del año en curso, presentados por el Representante del Ministerio Público a cargo de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Puno – Primer Despacho de Investigación de Ilaue, SANTOS MIGUEL ALFARO CONZALES, respecto de los ciudadanos WALTER ADUVIRI CALISAYA, EDWIN CONDORI CHIPANA, GILVER CHURA YUPANQUI, PATRICIO ILLACUTIPA ILLACUTIPA, JOSÉ CHAMBILLA MUSAJA, CARMELO MACHACA LOZA, HECTOR GABRIEL LUNA TAPIA Y RUFINO MACHACA QUINTO, a quienes se les atribuye ser presuntos autores del ilícito penal Contra la Seguridad Pública, en su modalidad de Delito Contra los Medios de Transportes, Comunicaciones y otros Servicios Públicos, en su forma de ENTORPECIMIENTO AL FUNCIONAMIENTO DE SERVICIOS PÚBLICOS conducta prevista y sancionada por el artículo 283 del Código Penal, Delito Contra la Tranquilidad Pública, en la modalidad de Delitos Contra la Paz Pública, en su forma de DISTURBIOS prevista y sancionada por el artículo 315 del Código Penal y Delito Contra el patrimonio en su modalidad de Daños, en su forma de DAÑO AGRAVADO previsto y sancionado en el artículo 206, inciso 2 y 3 del Código Penal, y en la modalidad de Hurto en su forma de HURTO AGRAVADO previsto y sancionado por el artículo 186 inciso 2, 3 y 6 del Código Penal. Todo en agravio de la COLECTIVIDAD, del Estado peruano y complementariamente del Ministerio Público, Gobernación del Departamento de Puno, Contraloría General de la República, SUNAT, ONG SOLARIS, Institución Financiera MI BANCO, Caja Municipal de Arequipa, Banco INTERBANK, Banco CONTINENTAL, Capitanía de Puerto de Puno, Centro Comercial LA CURACAO y otros a determinar.

Los hechos materia de imputación, expuesto por la Fiscalía peticionante son: Que en fecha 23 de mayo del año en curso, llegaron a esta ciudad de Puno, personas de diferentes localidades y comunidades de la Zona sur de Puno (Yunguyo y chuchito – Juli), en medida de protesta convocada por el Frente de Defensa de los Recursos naturales de la Región Sur, presidida por WALTER ADUVIRI CALISAYA. Que éste valié-

dose de su condición de dirigente habría organizado marchas y bloqueo de diferentes carreteras de Puno. Que la medida se radicaliza con fecha 24 de mayo del año en curso y es así en estas circunstancias que los manifestantes llegan a esta ciudad bloqueando avenidas como la avenida El Sol, la carretera Puno – Laraqueri, Puno – Juliaca y Puno – Ilave. Igualmente se habrían conformado piquetes de doscientas personas aproximadamente que recorrerían la ciudad obligando a cerrar centros comerciales, evitando el tránsito del transporte público urbano, y obligando a los centros de abastos a plegarse a la huelga. Así del día 24 al 27 de mayo, las entidades públicas y privadas, así como los centros Educativos en diferentes niveles, no atendieron para cautelar la integridad personal de alumnos y/o trabajadores, así como la propiedad.

Es así que en fecha 26 de mayo y luego del anuncio de Walter Aduviri Calizaya de radicalizar su protesta a través de diferentes medios de comunicación (véase recortes de diarios anexados), se desencadenó una conducta violenta y delictual por los manifestantes, violentando y apedreando instalaciones, de diferentes entidades públicas y privadas, causando daños materiales en los locales de las instituciones agraviadas como Ministerio Público, Gobernación del Departamento de Puno, Contraloría General de la República, SUNAT, ONG SOLARIS, Institución Financiera MI BANCO, Caja Municipal de Arequipa, Banco INTERBANK, Banco CONTINENTAL, Capitanía de Puerto de Puno, Centro Comercial LA CURACAO, habiendo incluso incendiado algunos de los locales de estas instituciones llegando incluso al saqueo como en el caso de la CURACAO y Aduana de Puno, donde además habrían incendiado a ochenta y dos vehículos.

Que los dirigentes del Frente de Defensa de los Recursos naturales de la Región Sur, presidido por WALTER ADUVIRI CALISAYA e integrado por los investigados contra quienes se solicita la medida, habrían brindado declaraciones en distintos medios de comunicación amenazando irresponsablemente con medidas extremas EN CASO de que sus pedidos no sean concedidos por el Gobierno Central. Este Frente de Defensa estaría además integrado por EDWIN CONDORI CHIPANA, DOMINGO CONDORI CHIPANA, GILVER CHURA YUPANQUI, PATRICIO ILLACUTIPA ILLACUTIPA, JOSÉ CHAMBILLA MUSAJA, CARMELO MACHACA LOZA, SANTIAGO LINA ALAVE, HECTOR GABRIEL LUNA TAPIA, RUFINO MACHACA QUINTO Y ERNESTO CHURA YUPANQUI; esto además del presidente WALTER ADUVIRI CALISAYA, quienes habrían azuzado a la población en huelga a realizar actos violentos y aprovechando del descontento de la gente con las concesiones mineras. Que por esto la Fiscalía concluye que los dirigentes de este Frente de Defensa, serían los inductores de los hechos violentos y por ende ilícitos imputados a los citados.

Como elementos de convicción la Fiscalía presenta: Actas de constatación fiscal efectuadas en las instituciones que habrían resultados agraviadas, declaraciones de ERIC ENRIQUEZ CASTELO en su condición de jefe de la oficina Regional de la Asociación SOLARIS PERU, de EDWIN ARTURO CHAVEZ CHAVEZ, propietario de uno de los vehículos siniestrados en la Gobernación de Puno, de ELOY EULOGIO COILA DELGADO, trabajador de la Gobernación de Puno, de EDWIN OSWALDO VARGAS MAITA, JUANA NINOSKA AQUIZE GARCIA, ambos atacados en el local de SUNAT, de WASHINGTON CHURA AYALA y FERNANDO WALDIR NUÑEZ JAUREGUI, ambos trabajador e intendente de Aduanas Puno, y finalmente de LARRY EDMUNDO SOSA TEJADA y WILDER VLADIMIRO CACERES REYES, funcionario de la Financiera TFC S.A y Gerente de la tienda CURACAO respectivamente. Igualmente como información pública proveniente de la prensa el Ministerio Público ha presentado copias simples de las notas periodísticas publicadas por el diario correo en relación a los hechos con fechas once, catorce, diecisiete, diecinueve, veintiuno, veintidós, veinticuatro, veinticinco, de mayo del año en curso, así como las copias simples de las notas periodísticas aparecidas en el Diario Los Andes de Puno con fechas veintiuno y veinticinco de mayo del presente año. Igualmente presenta copia simple, de la nota periodística publicada en la REVISTA CARETAS de circulación nacional, con fecha 26 de mayo del dos mil once. Finalmente copias extraídas de las páginas webs de Radio Programas del Perú, Diario Los Andes y Radio Juliaca, de fechas diecisiete y veintiséis de mayo del año en curso.

Mediante escrito complementario de fecha ocho de junio del año en curso, el representante del Ministerio Público presenta además como elementos de convicción a tomarse en cuenta al momento de resolverse, la denuncia de parte presentada por el Ministerio del Interior así como la solicitud de detención preliminar incoada por la misma Procuraduría, fundamentos que respecto de este último requerimiento ha solicitado el Ministerio Público hacerlos suyos.

Como sustento de la petición se tiene que:

1. Se sustenta que la sanción a imponerse en el caso de autos a los imputados, será superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, atendiendo a las penas establecidas para los delitos investigados.

2. Que debe tenerse en cuenta que los denunciados revelan su conducta y que habrían azuzado a la población en la comisión de actos violentos que constituyen los ilícitos investigados.
3. Que por la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos, se tiene que existiría un concurso real de delitos y en este caso a tenor de lo dispuesto por el artículo 50 del Código penal, las penas se suman y por tanto haciendo una prognosis, les alcanzaría una pena NO MENOR DE DIECISEIS AÑOS de pena privativa de libertad.
4. Estando a las circunstancias del caso, existen circunstancias que permiten inferir cierta posibilidad de fuga por parte de los imputados, además de continuar con su conducta al amenazar con reiniciar la medida luego del siete de junio y extenderla incluso a otros departamentos como Cusco y Arequipa, poniendo de este modo en latente riesgo la Tranquilidad Pública y el Estado de Derecho.
5. Igualmente y a través de su escrito complementario, de fecha ocho de junio ha solicitado se tenga presente y como sustento de su requerimiento que se requiere la detención preliminar judicial de los investigados contra quienes se ha solicitado la medida, para dar cumplimiento a actos de investigación de carácter URGENTE como la declaración de los investigados con las garantías procesales que la ley prevé, así como la toma de muestras para la identificación de voz, para ser homologadas y peritadas con las grabaciones de audio y video a recabarse de los medios de comunicación, en las fechas y circunstancias en que los denunciados prestaron declaraciones que los vincularían con los delitos suscitados.

I. CONSIDERANDO:

Primero.- LA LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL.- La libertad personal, es un derecho fundamental de toda persona humana, tutelado por toda una gama de tratados y declaraciones internacionales, cuyo fin es cautelar este derecho fundamental y regular su limitación teniendo como premisas básicas que se restrinjan en situaciones límite o extremas.

Este derecho fundamental es recogido en nuestro texto constitucional, en el artículo 2, numeral 24, incisos b (No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la Ley...) y f (Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales, en caso de flagrante delito).

Es decir que la limitación de este derecho fundamental debe ser considerado como la ultima ratio a la que el Juez debe apelar en circunstancias verdaderamente excepcionales.

Segundo.- En este contexto constitucional el Código Procesal Penal, en su artículo VI del Título Preliminar, establece que "Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley. Se impondrán mediante resolución motivada a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de la limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad".

Tercero.- DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL.- En este extremo el artículo 261 del Código Procesal Penal, inciso 1) (invocado como sustento jurídico por la Fiscalía) establece la procedencia de la detención preliminar judicial cuando: a) No se presenta un supuesto de flagrancia delictiva, pero existen razones plausibles para considerar que una persona ha cometido delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga. b) El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención y c) El detenido se fugare de un centro de detención preliminar."

La misma norma en su numeral 2, prevé que en los presupuestos previstos en el numeral 1 del art. 261, para cursarse la orden de detención se requiere que el imputado se encuentre debidamente individualizado con los siguientes datos: nombres, y apellidos completos, edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento. En el caso de autos se cumple este presupuesto por cuanto la Fiscalía ha identificado a los imputados para quienes se solicita la detención preliminar, pero además ha recabado y anexado las HOJAS DE IDENTIFICACIÓN DE RENIEC DE LOS IMPUTADOS.

Cuarto.- En el presente caso y conforme a la información consignada en el requerimiento fiscal, se tiene que no existe un supuesto de flagrancia. Sin embargo el Ministerio Público invoca el artículo 261 numeral

1, inciso a), que existen razones plausibles para determinar que los imputados se encuentran incurso en los delitos materia de investigación.

En el caso analizado, se tiene que existen como elementos de convicción del nexo del resultado del delito y la realidad del mismo, es decir que en efecto a través de las constataciones fiscales efectuadas entre los días veintiséis y veintisiete de mayo, se ha acreditado los destrozos, daños a la propiedad e incluso las agresiones que habrían sufrido muchos servidores de las instituciones afectadas.

Es relación al nexo que vincule a los denunciados con los delitos materia de investigación, se tiene que el Ministerio Público ha presentado una serie de recortes periodísticos y notas similares de donde se advierte que en efecto y de manera pública los investigados habrían incitado a la violencia a través de sus declaraciones tanto en medios de prensa escrita como radiales. Puede advertirse incluso y específicamente de parte del imputado WALTER ADUVIRI CALISAYA, que él mismo y en diario CARETAS anuncio la decisión de que no se realizarían las elecciones en la región Puno, al señalar que su medida persistiría y no se daría este acto electoral, más aún indica en esta nota periodística del veintiséis de mayo que "...las protestas en dicha ciudad (Puno), no han sido violentas hasta ahora. Pero advirtió que si no hay solución a los reclamos, el paro se radicalizará a partir de esta semana. Si no hay solución no hay elecciones, amenazó".

Ahora respecto de las denuncias presentadas en contra de los investigados en el presente proceso el Ministerio Público, ha anexado una denuncia de parte presentada por el Procurador Público Especializado en asuntos de orden Público del Ministerio del Interior, en donde como se advierte del tenor de la misma se efectúan imputaciones directas contra los investigados respecto de los cuales se solicita la medida de detención preliminar para Walter Aduviri.

Es decir y teniendo en cuenta lo existente y revisado por este despacho para emitir la presente resolución, los elementos de convicción presentados por el Ministerio Público acreditará las razones plausibles para considerar que los investigados para quienes se solicita la medida estarían incurso en los delitos denunciados, es decir los daños, el hurto de bienes, los disturbios y el entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos en su condición, como señala el Ministerio Público, de autores intelectuales de los delitos investigados.

Quinto.- PRESUPUESTOS LEGALES DEL MANDATO DE DETENCIÓN PRELIMINAR.- Que se advierte que los recaudos iniciales presentados por el Ministerio Público, resultan suficientes para determinar el dictado de una medida de carácter excepcional como la detención preliminar y teniendo en cuenta el fin de la misma, que a diferencia de la Prisión Preventiva, busca a) Conseguir elementos de investigación mediante la realización de diligencias urgentes; b) Es una medida PRE cautelar; c) Se incoa en las diligencias preliminares y d) Requiere que existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito y cierta posibilidad de fuga.

En este sentido el Ministerio Público ha sustentado su requerimiento en la necesidad y urgencia de realizar diligencias de investigación preliminar como las declaraciones de los citados y toma de muestras de voces y otros indispensables para la investigación. En este extremo es necesario resaltar, que las denuncias e investigaciones instadas contra los afectados con la medida, han sido puestas en conocimiento de todos los ciudadanos a través de los medios de comunicación mereciendo incluso primeras planas y recibiendo incluso respuesta de alguno de los investigados como Walter Aduviri, quien señalo al conocer estas denuncias que se trataba de una persecución política. En autos además y conforme ha alcanzado el Ministerio Público existe, tratándose de hechos de conocimiento público, recortes periodísticos, que respalde la tesis de la fiscalía.

Así se puede concluir que con los recaudos remitidos a este despacho por la Fiscalía, se advierten que existen elementos que permiten validar el primer supuesto de detención preliminar (art. 261, numeral 1, inc. a).

En el extremo de la pena, se tiene que en efecto los hechos materia de investigación y frente a la tipificación inicial efectuada por el Ministerio Público, podría superar los cuatro años de pena privativa de libertad, siendo aun apresurado en esta etapa inicial hablar de un concurso real de delitos y menos aun de la sumatoria de penas.

En cuanto a la posibilidad de fuga, se tiene que pese a tener pleno conocimiento los imputados de lo que podría desencadenar nuevas acciones violentas y tratan de sustraerse de sus responsabilidades, hecho corroborado por los medios de comunicación conforme lo explica la Fiscalía, de lo que se advierte que los citados se encontrarían protegidos por personas que no permiten acercarse a los investigados y más aún no se conocería su paradero actual luego de haber conocido la existencia de las denuncias en su contra.

En cuanto a la URGENCIA, elemento fundamental de esta medida restrictiva de derechos, el Ministerio Público ha sustentado su pedido en las diligencias preliminares que se pretende efectuar además de señalar que a tenor del inciso 3 del artículo 253 del Código Procesal Penal, se establece que la restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

En consecuencia se configuraría la necesidad de la medida al encontrarnos frente al presupuesto legal contenido en el inciso 3 del artículo 253 del código en comento. Siendo que en efecto frente a las amenazas de reanudar la medida de protesta y radicalizar la misma, es necesario prevenir esta actuación que ha generado gran conmoción social en los pobladores de Puno y frente a los actos violentos suscitados.

Sexto.- En el caso de autos se tiene que en efecto los hechos materia de investigación, resulta de particular gravedad, los mismos que además han causado conmoción social.

Por tanto y habiéndose cumplido los supuestos fácticos y jurídicos anotados para calificar positivamente la solicitud del representante del Ministerio Público, para proceder a limitar el derecho fundamental de la libertad de los investigados, a la luz de lo previsto por el artículo 261, letra a); se vislumbran que las personas de WALTER ADUVIRI CALISAYA, EDWIN CONDORI CHIPANA, GILVER CHURA YUPANQUI, PATRICIO ILLACUTIPA ILLACUTIPA, JOSÉ CHAMBILLA MUSAJA, CARMELO MACHACA LOZA, HECTOR GABRIEL LUNA TAPIA Y RUFINO MACHACA QUINTO, serían presuntos autores de los delitos investigados. Además de concurrir otros elementos como la pena superior a los cuatro años de pena privativa de libertad que en el caso de autos además incrementan el peligro de fuga y en efecto éste se encuentra latente conforme ha demostrado el Ministerio Público, existiendo además urgencia.

Por los fundamentos esgrimidos en los considerandos precedentes y en observancia de los artículos 261, 262 y 264 del Código Procesal Penal;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADO EL REQUERIMIENTO FISCAL DE DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL solicitado por el Ministerio Público en contra del imputado WALTER ADUVIRI CALISAYA con D.N.I N° 40958474, EDWIN CONDORI CHIPANA D.N.I N° 80670933, GILVER CHURA YUPANQUI con D.N.I N° 40024674, PATRICIO ILLACUTIPA ILLACUTIPA con D.N.I N° 01834677, JOSÉ CHAMBILLA MUSAJA con D.N.I N° 40460146, CARMELO MACHACA LOZA con D.N.I N° 01778053, HECTOR GABRIEL LUNA TAPIA con D.N.I N° 01340812 Y RUFINO MACHACA QUINTO con D.N.I N° 01216470, a quienes se les atribuye ser presuntos autores del ilícito penal Contra la Seguridad Pública, en su modalidad de Delito Contra los Medios de Transportes, Comunicaciones y otros Servicios Públicos, en su forma de ENTORPECIMIENTO AL FUNCIONAMIENTO DE SERVICIOS PÚBLICOS conducta prevista y sancionada por el artículo 283 del Código Penal, Delito de Contra la Tranquilidad Pública, en la modalidad de Delitos Contra la Paz Pública, en su forma de DISTURBIOS previsto y sancionado por el artículo 315 del Código Penal y Delito Contra el patrimonio en su modalidad de Daños, en su forma de DAÑO AGRAVADO previsto y sancionado en el artículo 206, inciso 2 y 3 del Código Penal, y en la modalidad de Hurto en su forma de HURTO AGRAVADO previsto y sancionado por el artículo 186 inciso 2, 3 y 6 del Código Penal. Todo en agravio de la COLECTIVIDAD, del Estado peruano y complementariamente del Ministerio Público, Gobernación del Departamento de Puno, Contraloría General de la República, SUNAT, ONG SOLARIS, Institución Financiera MI BANCO, Caja Municipal de Arequipa, Banco INTERBANK, Banco CONTINENTAL, Capitanía de Puerto de Puno, Centro Comercial LA CURACAO. Por el término de 24 horas; a fin de que la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Puno – Primer Despacho de Investigación, continúe con las investigaciones preliminares que lleven a establecer la responsabilidad de los mismos con relación a los delitos investigados a mérito de los fundamentos precedentemente esgrimidos.

SEGUNDO.- OFÍCIESE con tal objeto a la autoridad policial correspondiente adjuntándose para tal efecto copia certificada de la presente resolución, a fin de que procedan a la **UBICACIÓN Y CAPTURA** de los mismos, debiendo ser puestos a disposición de esta judicatura para el reconocimiento de su identidad y garantizar sus derechos fundamentales. **Notificándose** al representante del Ministerio Público peticionante, conforme a ley.

02

DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL:**IMPROCEDENCIA ANTE LA INEXISTENCIA DE RAZONES PLAUSIBLES PARA CONSIDERAR QUE UNA PERSONA HA COMETIDO UN DELITO**

"[...] Que, no existiendo elementos de convicción, entiéndase razones plausibles, suficientes, carece de objeto motivar si existe o no peligro de fuga".

"[...] En el presente caso observamos que si bien existe únicamente la declaración testifical de un investigado, ésta no resulta suficiente por cuanto no está soportada con mayores elementos de convicción, situación que el ministerio público deberá efectuar para restringir el derecho fundamental que solicita se afecte".

Base Legal: NCPP: Art. 261.1.a

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA TRANSITORIO DE HUAURA**

EXPEDIENTE	: 02018-2011-33-1308-JR-PE-01
JUEZ	: JULIO ERNESTO TEJADA AGUIRRE
MINISTERIO PÚBLICO	: SEGUNDO DESPACHO DE INVESTIGACIÓN
IMPUTADO	: DILMER FIDEL BRICEÑO ZURITA
AGRAVIADO	: EL ESTADO
DELITO	: TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Resolución N° Uno

Huacho veintitrés de setiembre

Del año dos mil once

I. PRETENSIÓN:

Por requerimiento de fecha 22 de setiembre de 2011, el fiscal del tercer despacho de investigación de Huaura, requiere la detención preliminar del investigado:

N° de Documento	: 15700341
Apellidos	: ZELADA DÍAZ
Prenombres:	: RODOLFO HILBER
Fecha de Nacimiento	: 10/04/1984
Sexo, Estado Civil	: SOLTERO
Grado de Instrucción	: SECUNDARIA- 3 AÑO
Estatura	: 1.58
Lugar de Nacimiento	: HUACHO/HUAURA/LIMA
Nombre de Padres	: HILBER / ESCOLASTICA
Domicilio real	: URB. ROSARIO SUR LT3
Domicilio procesal	: NO SEÑALADO AÚN

II. HECHOS:

2.1 Sostiene el Ministerio Público, que con fecha 19 de setiembre de 2011, personal policial de la comisaría de Huaura, intervino a la persona de Gualberto Chile Ávila, en el interior de la oficina de la Empresa de Transporte Shalom, ubicado en la Av. Panamericana Norte altura del puente Huaura, en posesión de una bolsa de plástico de color negro y una caja pequeña con logotipo de galletas san jorge, la misma que se encontraba lacrada con cinta adhesiva y ambos al parecer contienen Cannabis Sativa Marihuana, por lo que al recepcionarse la declaración del investigado en mención, en presencia del representante del ministerio público, declaro que la persona de Rodolfo Zelada (a) "Chato", se viene dedicando a la micro comercialización de sustancias ilícitas en el distrito de Huaura, Huacho, así como envía encomienda a la ciudad de Trujillo, en diferentes modalidades, así mismo su compra lo realiza en el CCPP de san Felipe Vegueta en un camino carrogable de ingreso al CCPP Amirralla a un kilómetro de la Panamericana Norte.

2.2 Que personal policial PNP del departamento antidrogas de Huacho, al tener conocimiento de los hechos, se avocó a realizar diferentes diligencias con la finalidad de obtener información fehaciente y relacionada a las actividades ilícitas que se vendría dedicando la persona conocida como Rodolfo Zelada (a) Chato en el distrito de Huaura, lográndose identificar a esta persona como RODOLFO HILBER ZELADA DÍAZ, el mismo que domicilia en urbanización Rosario Sur Lote 3-Huaura y por información confidencial de personas aledañas, éste se estaría dedicando a la microcomercialización de sustancias ilícitas (droga) desde el interior de su domicilio, asimismo esta persona para obtener la sustancia ilícita acude al centro poblado San Felipe e ingresa por la carretera carrozable con dirección al CCPP Amirralla, a un Km. de la Panamericana Norte, se encuentra una vivienda rústica de donde se adquiere la sustancia ilícita por kilos, para luego ser comercializados en diferentes lugares de la provincia de Huaura. Que estando la gravedad resulta probable que no se permita el ingreso a fin de obstruir para el esclarecimiento de los hechos investigados, por lo que resulta necesaria la autorización judicial para la actuación de la diligencia de allanamiento, descerraje, registro con fines de incautación, detención y registro personal las personas presentes o que lleguen al referido inmueble a fin de hallar especies u otras evidencias que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso. La diligencia que solicitan se realigara en un término de 24 horas.

III. PRESUPUESTOS MATERIALES:

A. DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN PRESENTADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO

- El informe N° 071-2011-VII-DITERPOL-LN/DIVTER-N-04-H-DEPANDRO
- Declaración del imputado Gualberto Chile Ávila
- Croquis del fundo San Felipe Vegueta
- Paneaux fotográfico del inmueble

B. SANCIÓN A IMPONERSE SUPERIOR A CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Que sostiene el ministerio público, que existen fundadas razones para afirmar que la persona de RODOLFO HILBER ZELADA DÍAZ ha cometido el delito materia de investigación.

En el presente caso observamos que si bien existe únicamente la declaración testifical de un investigado, ésta no resulta suficiente por cuanto, no está soportada con mayores elementos de convicción, situación que el ministerio público deberá efectuar para restringir el derecho fundamental que solicita se afecte.

C.- PELIGRO DE FUGA

Que, no existiendo elementos de convicción, entiéndase razones plausibles, suficientes, carece de objeto motivar si existe o no peligro de fuga.

Artículo 261° Detención Preliminar Judicial:

El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquel, dictará mandato de detención preliminar, cuando:

No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existen razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a los cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga.

Por las consideraciones antes expuestas, **se RESUELVE:**

DECLARAR INFUNDADO la DETENCIÓN PRELIMINAR solicitada por el representante del ministerio público respecto al imputado RODOLFO HILBER ZELADA DÍAZ, cuya identificación ya fue detallada precedentemente por la presunta comisión del delito contra la salud pública tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, por el termino de 24 horas contados desde su notificación.

NOTIFÍQUESE a la fiscalía que ha solicitado la medida en forma prevista por ley.

DEVUELVA la carpeta fiscal al ministerio público.

PRISIÓN PREVENTIVA:**AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES PARA SU IMPOSICIÓN**

"[...] Empero esta acta de intervención policial que obra a folios uno, en realidad carece de las formalidades para su valoración correspondiente y por ende sus efectos probatorios válidos dentro de una investigación, más aún si se trata de sustentar con esta acta de intervención policial una privación de libertad; es decir, se trata de un acta de intervención policial firmado solamente por Braulio Pilco Vela y no por quienes indica el contenido del acta de intervención policial".

"[...] De igual manera el acta de prueba de campo e incautación, resulta incoherente con los formularios de cadena de custodia que han sido enunciados acorde a la verificación de la carpeta fiscal en los cuales no se ha consignado esa cantidad de alcaolide de cocaína que inicialmente se indica".

"[...] En cuanto al tercer presupuesto [peligro de fuga] resulta sustancial tomar en cuenta en este momento, que los imputados [...] como lo ha sostenido el Ministerio Público en su requerimiento escrito, están en condición de internos del Establecimiento Penal Puno -Ex Yanamayo, como tal se desvirtúa por si solo el peligro de fuga, de que puedan eludir la acción de la investigación fiscal y por ende obstaculizar o perturbar los fines de la investigación, pues bastará con que ellos sean citados para que sean puestos a disposición de la autoridad fiscal o de la autoridad judicial las veces que puedan ser requeridos".

Base Legal: CP: Arts. 296°, 297.4°; NCPP: Arts. VIII, 65°, 220°, 268°, 286.1°, 286.2°, 287.1°, 318°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE PUNO**

EXPEDIENTE	: 895-2011-37-2101-01
JUEZ	: VÍCTOR CALIZAYA COILA
IMPUTADOS	: NAEL OJEDA PISCO Y JUAN GUILLERMO INFANTAS LUCANO
AGRAVIADO	: ESTADO PERUANO
ESPECIALISTA	: ZULEMA ALATRISTA VIZCARRA
DELITO	: PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

**Resolución N° Tres
Puno, siete de julio
Del año dos mil once**

En torno al requerimiento de prisión preventiva y bajo los siguientes **FUNDAMENTOS**:

PRIMERO.- Que la prisión preventiva deviene en una medida de coerción personal, que tiene por finalidad en la etapa de investigación preparatoria, el de garantizar propiamente la investigación fiscal que busca el esclarecimiento de los hechos, por ende llegar en su momento a establecer con certeza en torno a la realidad del hecho ilícito, la vinculación de los imputados con ese hecho ilícito, así como recabar los elementos de convicción que puedan sustentar esa posibilidad; contrariamente también acorde a los actos de investigación que realiza el Ministerio Público, podrían optar objetivamente por descartar la existencia de un hecho ilícito o la vinculación de imputados con ese hecho ilícito, asimismo esta medida de coerción a futuro busca garantizar una decisión definitiva, razón por la cual se exige que al momento de emitir la decisión, se considere estas medidas como de última ratio; es decir, que sea lo necesario y no exista otro mecanismo que permita cumplir con esas finalidades, a más de que por medio se ventila la posible afectación de un derecho fundamental como es el derecho a la libertad, asimismo cabe señalar de que en la prisión preventiva, se debe cumplir con ciertos parámetros de concurrencia obligatoria y éstos están previstos en el artículo 268° del Código Procesal Penal, básicamente referidos a que deben existir suficientes elementos de convicción; pero que sean graves y fundados; es decir, no cualquier elemento de convicción en torno a la realidad del hecho ilícito así como a la vinculación de los imputados con ese hecho ilícito; por otro lado se hace referencia a la prognosis de pena, en la eventualidad de que a futuro de emitirse una sentencia condenatoria, la pena a imponerse pueda ser superior a los cuatro años y finalmente el presupuesto de peligro procesal en realidad tiene un desarrollo amplio toda vez de que por un lado abarca el peligro de fuga y por otro el peligro de obstaculización; dentro del peligro de fuga obviamente el Juggador tiene que analizar si los imputados tienen arraigo familiar, arraigo domiciliario, arraigo laboral, si la pena que se espera puedan recibir, sea gravosa, asimismo el comportamiento o la conducta que los imputados estén mostrando en lo que va de la investigación y en cuanto al peligro de obstaculización obviamente como su nombre lo indica que los imputados puedan perturbar u obstaculizar la investigación fiscal, ya sea mediante influencias u otros mecanismos que

permitan precisamente advertir este peligro procesal en aras de una investigación, no está demás señalar de que hay principios de carácter constitucional al momento de analizar este tipo de medidas y este principio es básicamente el Principio de Excepcionalidad; es decir, la prisión preventiva como última ratio, la libertad como regla general y la privación de la libertad como excepción; esta medida tiene que ser razonable, proporcional y obviamente cuando no medie flagrancia el único que lo puede disponer es la autoridad judicial.

SEGUNDO.- Bajo estos presupuestos normativos y analizando en concreto, los alcances vertidos por el Ministerio Público así como por la Defensa Pública, se tiene como hechos que son materia de investigación en concreto, que estos habrían acontecido el seis de noviembre del dos mil diez a horas seis con cinco de la mañana aproximadamente en el Establecimiento Penal de Puno, en el interior, esto en la celda que ocupaban los internos Juan Guillermo Infanta Lucano y Nael Ojeda Pisco, hechos que derivan de un operativo inopinado realizado por los agentes penitenciarios en la celda trece del primer nivel, encontrando un celular Motorola así como una sustancia pardusca con olor a kerosene, que inicialmente se indica tendría un aproximado de ciento cincuenta gramos de peso, que estarían envueltos en un plástico de color rojo y blanco, ante ello se habría comunicado de este hecho al Ministerio Público, quienes posteriormente hicieron la constatación, encontrando colillas de cigarro, palitos de fósforo así como el alcaloide de cocaína que se alude debajo de un colchón, específicamente refiere del interno Nael Ojeda Pisco, se habría procedido al recojo de la evidencia, asimismo a la prueba de campo y pesaje, dando finalmente un peso total de ochenta y dos gramos de alcaloide de cocaína, esto también corroborado con el reactivo de thiocynato de cobalto, estos hechos han sido subsumidos liminarmente por el Ministerio Público como delito contra la Salud Pública en la modalidad de Tráfico Ilícito de Drogas en su forma de Promoción al Consumo Ilegal de Drogas Tóxicas mediante Actos de Tráfico Agravado acorde al inciso 4) primer párrafo del artículo 297° en concordancia con el primer párrafo del artículo 296° como tipo base del Código Penal.

TERCERO.- En torno a los presupuestos para dictar prisión preventiva, iniciando con los elementos de convicción que deben ser graves y fundados; el Ministerio Público ha aludido al acta de intervención policial que según aduce se ha realizado por comunicación del Instituto Nacional Penitenciario; es decir, de este Establecimiento Penal de Puno Ex – Yanamayo; empero esta acta de intervención policial que obra a folios uno, en realidad carece de las formalidades para su valoración correspondiente y por ende sus efectos probatorios válidos dentro de una investigación, más aún si se trata de sustentar con esta acta de intervención policial una privación de libertad; es decir, se trata de un acta de intervención policial firmado solamente por Braulio Pilco Vela y no por quienes indica el contenido del acta de intervención policial, se hace alusión a representantes del Ministerio Público Juan Salomón Bartolo Serrano, Henry Flores Cuadros y Manuel Aquino Flores además del defensor público Roger Apaza Calsina y de los propios internos Nael Ojeda Pisco y Juan Guillermo Infantas, cuyas firmas no aparecen en esta acta de intervención policial; por tanto estimamos que no cumpliendo con las formalidades mínimas para su valoración, de modo alguno pueden comprender esta acta de intervención policial como una prueba legítima o elemento de convicción legítimo acorde al contenido del artículo 8° del Título Preliminar del Código Procesal Penal, pues dicho artículo que sirve de parámetro de interpretación del resto normativo del mismo Código, señala que todo medio de prueba, el cual se entiende genéricamente a los elementos de convicción, serán valorados solo si han sido obtenidos e incorporados a través de un procedimiento constitucionalmente legítimo y que cualquier elemento de convicción que no cumpliera con las garantías procesales y sustanciales, carecen de efecto legal; por tanto no podemos sostener que esta acta de intervención policial tenga la calidad de elemento de convicción grave y fundado, asimismo cabe señalar que la noticia del delito habría sido comunicada por el Instituto Nacional Penitenciario, indican a la Policía y que la Policía también habría comunicado al Ministerio Público, en todo caso también se habría comunicado al Ministerio Público como así se ha hecho entender; al respecto el artículo 65° del Código Procesal Penal en torno a la investigación del delito y referente a la intervención del Ministerio Público, señala que el Fiscal en cuanto tenga noticia del delito, realizará las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional; al respecto no existen estos comunicados iniciales a más de que el inicio de la investigación preliminar, se hace después de más de cinco días de conocida la noticia criminal; es decir, se han realizado actos de investigación preliminar no comprendidos dentro de la vigencia formal de la investigación preliminar, es más en algunos de ellos se ha verificado acorde a la carpeta fiscal, no aparece la firma de un abogado defensor; por tanto estimamos de que ello también contradice en esencia, el derecho de defensa que desde el primer momento debe ser garantizado en favor de todo imputado, no olvidemos que el derecho de defensa acorde al artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, es irrestricto y obliga al Ministerio Público y a la propia Policía Nacional del Perú desde las primeras diligencias; promover la participación de un abogado defensor que garantice el derecho de los intervenidos o de quienes se sospecha la comisión de un ilícito penal; el informe 019-2010 emitido por el INPE alude en concreto a la comunicación de la noticia criminal que está ligada al acta de intervención policial,

de igual manera el acta de prueba de campo e incautación, resulta incoherente con los formularios de cadena de custodia que han sido enunciados acorde a la verificación de la carpeta fiscal en los cuales no se ha consignado esa cantidad de alcaloide de cocaína que inicialmente se indica sería de ciento cincuenta gramos aproximadamente y posteriormente acorde al pesaje, resultaría ochenta y dos gramos; no aparece esta cantidad de droga que haya sido sometida a la cadena de custodia; por tanto estimamos que también existe una inobservancia a las normas de la cadena de custodia que no han sido regularizadas en lo que se llevó en la investigación preliminar, como tal quita valor preliminar probatorio a esta acta de prueba de campo de incautación, pues se asume que debe existir coherencia y conexión entre lo que se encontró y lo que se custodia; lo contrario sería infringir los alcances genéricos del artículo 220° y 318° del Código Procesal Penal en torno a la incautación, a ello cabe agregar de que el Ministerio Público pese a estar en la obligación de solicitar inmediatamente la confirmación de esta incautación no lo ha hecho ante el Órgano Jurisdiccional acorde al Acuerdo Plenario 5-2010 de fecha dieciséis de noviembre del dos mil diez, la confirmación sólo puede tener efecto probatorio en la fase de investigación preparatoria como elemento de convicción cuando haya recaído sobre dicho acto de incautación una decisión confirmatoria de la autoridad judicial; por tanto estimamos de que tampoco podemos llegar a la conclusión de que esta acta de prueba de campo de incautación pese a lo que haya podido encontrarse sea un elemento de convicción grave y fundado, pues desde ya la omisión de formalidades le quita esa condición, por lo demás el acta de registro de celda no deviene en un elemento de comisión grave y fundado, pues no existe admisión de que este envoltorio conteniendo alcaloide de cocaína haya sido admitido por los imputados, en todo caso los imputados tienen derecho a guardar silencio, no les obliga la norma a que ellos necesariamente tienen que responder en sentido afirmativo, así lo contempla el artículo 71° al esbozar los derechos que tiene todo imputado, por ende es el Estado a través del Ministerio Público quien debe realizar todos los actos conducentes a desvirtuar esa inicial presunción de inocencia que de alguna manera reviste a la persona del imputado, sin hacer distinción alguna por antecedentes, hechos anteriores; pues cabe señalar que el derecho penal peruano es de acto no negatorio; en cuanto al acta de hallazgo existe obviamente también una incompatibilidad en cuanto al lugar donde se le habría encontrado estos dos envoltorios, uno conteniendo un celular Motorola y el otro conteniendo estos ochenta y dos gramos de alcaloide de cocaína, pues se indica inicialmente que habría sido encontrado debajo del colchón del interno Nael Ojeda Pisco; no obstante la intervención policial y por ende ya lo afirmado por el Ministerio Público señala que se habría encontrado al costado de un lavamanos; es decir, no existe pues circunstancias fácticas que permitan generar certeza, lo contrario genera duda en el Juggador de que en efecto los hechos habrían acontecido bajo las circunstancias afirmadas por el Ministerio Público; por lo demás las declaraciones de los agentes penitenciarios obviamente si bien corroboran al operativo inopinado realizado el día seis de noviembre a horas seis y cinco, no constituyen por si mismos elementos graves y fundados, pues en dichas declaraciones se contiene propiamente la legitimidad que podría tener la versión que ellos mismos esbozaron desde un primer momento, en torno a la declaración de los imputados acorde a la verificación de la carpeta fiscal, no existe admisión en torno a que se les ha encontrado o tengan conocimiento de que la autoridad penitenciaria haya encontrado este envoltorio conteniendo alcaloide de cocaína, más aún de que el Ministerio Público a estas alturas no ha desvirtuado si en efecto los internos fueron sacados al patio y en su ausencia se hizo la revisión o es que constitucionalmente lo correcto es de que toda revisión se haga en su presencia y de esa manera garantizar en efecto lo que pueda encontrarse al interior de la celda; en cuanto a la intervención propiamente estimamos conforme a lo indicado por el Ministerio Público de que el INPE está facultado a realizar estas revisiones y estas visitas inopinadas como así lo establecen las normas penitenciarias, por tanto no es materia de mayor análisis; en consecuencia, si bien podría hacerse una labor de ponderación en torno a que se habría encontrado alcaloide de cocaína en la celda número trece, tampoco existen elementos de convicción sobre que en efecto haya existido este alcaloide de cocaína, pues los formularios de la cadena de custodia no lo mencionan y por ende estimamos de que esta duda de modo alguno puede ser interpretado en forma desfavorable a los imputados; sin perjuicio de que el Ministerio Público una vez perfeccionada su investigación, pueda optar por sostener o ratificarse en estos mismos extremos; en consecuencia, reiteramos no se cumple con este primer presupuesto de existencia de elementos de convicción graves y fundados. En torno al segundo presupuesto de la prognosis de pena, por la sola literalidad del artículo 297° y sus circunstancias agravantes asimismo del tipo básico del artículo 196° del Código Penal, en efecto se estima de que de establecerse la realidad del hecho ilícito y la vinculación de este ilícito en torno a los imputados, podría si, estimarse una sanción superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, por tanto se cumpliría formalmente este segundo presupuesto. En cuanto al tercer presupuesto resulta sustancial tomar en cuenta en este momento, que los imputados Juan Guillermo Infantas Luján y Nael Ojeda Pisco o Juan Ojeda Pisco como lo ha sostenido el Ministerio Público en su requerimiento escrito, están en condición de internos del Establecimiento Penal Puno -Ex Yanamayo, como tal se desvirtúa por si solo el peligro de fuga, de que puedan eludir la acción de la investigación fiscal y por ende obstaculizar o perturbar los fines de la investigación, pues bastará con que ellos sean citados para que sean puestos a

disposición de la autoridad fiscal o de la autoridad judicial las veces que puedan ser requeridos, además de la factibilidad de ser debidamente notificados a través de su abogado patrocinante del Ministerio de Justicia o directamente a los propios imputados en sus celdas correspondientes o a través de las autoridades administrativas del INPE; resulta ajeno al Juggador establecer cuanto tiempo puedan permanecer los imputados en este establecimiento penal, pues al respecto el Ministerio Público no ha esbozado cual es el proceso precedente en el cual se habría dispuesto su privación de libertad, por ende mal haría el Juggador establecer si los imputados puedan salir pronto de este establecimiento o tengan un tiempo aún duradero; por tanto eso le corresponde establecer al Ministerio Público o en todo caso a las partes; a más de que en este extremo el Ministerio Público no ha emitido fundamentación ni motivación; en consecuencia, al no haberse aludido a este tercer presupuesto, es obvio que así se hubiere cumplido con los anteriores presupuestos, no era factible dictar la prisión preventiva; por estos fundamentos y estando a las normas acotadas; el Juez del Primer Juggado de Investigación Preparatoria,

DECLARA:

PRIMERO.- INFUNDADO EL REQUERIMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA en contra de JUAN GUILLERMO INFANTAS LUCANO y NAEL OJEDA PISCO, comprendidos en la investigación por el delito en contra de la Salud Pública, en su modalidad de Tráfico Ilícito de Drogas, en su forma de PROMOCIÓN AL CONSUMO ILEGAL DE DROGAS TOXICAS MEDIANTE ACTOS DE TRÁFICO AGRAVADO, previsto y sancionado en el inciso 4) primer párrafo del artículo 297° del Código Penal, concordante con el tipo base del primer párrafo del artículo 296° del Código Penal; se deja a salvo el derecho del Ministerio Público y que variadas estas circunstancias durante la investigación puedan instar nuevamente esta medida de coerción procesal o en todo caso optar por otra menos gravosa.

SEGUNDO.- En torno a las irregularidades advertidas en la investigación preliminar en las cuales habrían intervenido efectivos policiales y representantes del Ministerio Público, como son el caso del Fiscal Salomón Bartolo Serrano, Henry Flores Cuadros y Manuel Aquino Flores además del efectivo policial Braulio Pilco Vera Suboficial Técnico de Primera, quien habría suscrito el acta de intervención policial como jefe de la DEPANDRO Puno, cabe COMUNICAR de estos hechos a la Fiscalía Superior Coordinadora o Supervisora acorde a la Fiscalía Adscrita al Tráfico Ilícito de Drogas, a efecto proceda conforme a sus atribuciones, incumpléndose básicamente aspectos formales que han traído consigo la no valoración probatoria de los documentos que hubieren permitido tal vez establecer con mayor objetividad los cargos imputados. Se deja así asentada la decisión judicial.-

09:50 hrs. (1:15´) El Señor Juez: Expide la siguiente resolución

Resolución N° Cuatro Puno, siete de julio Del año dos mil once

El Juggador habiendo emitido la decisión de declarar infundado el requerimiento de prisión preventiva por las razones expuestas; emite los siguientes **FUNDAMENTOS** en torno a esta resolución número cuatro:

El artículo 268° como se ha indicado exige, la concurrencia copulativa de los presupuestos antes indicados para dictar una prisión preventiva y de no cumplirse con algunos de estos presupuestos, puede proceder una comparecencia; sea una comparecencia con restricciones o una comparecencia simple; al respecto así lo señala el artículo 286° del Código Procesal Penal en su numeral 2) seguido por el artículo 287° del Código Procesal Penal que señala que puede imponerse una comparecencia restrictiva, siempre que el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse; en el caso concreto, en efecto se ha sostenido de que estando los imputados en la condición de internos del Establecimiento Penal Puno, obviamente se desvirtúa liminarmente el peligro de fuga y el peligro de obstaculización; por tanto, a fin de garantizar mínimamente que los imputados puedan someterse a la investigación fiscal y a las consecuencias procesales futuras, razonablemente se opta por estimar una comparecencia con restricciones, básicamente en torno a que de egresar de ese establecimiento penitenciario, estén en la obligación de presentarse las veces que sean requeridos por la autoridad fiscal y la autoridad judicial, asimismo la obligación de no ausentarse de la localidad en que éstos residieran y la prohibición de comunicarse con personas determinadas, básicamente ligadas a la presente investigación, sean agentes penitenciarios que hayan intervenido en las diligencias preliminares y obviamente miembros de la Policía Nacional de ser el caso, por estas razones en efecto de la prisión preventiva.

SE RESUELVE.- DICTAR en contra de los imputados JUAN GUILLERMO INFANTAS LUCANO y NAEL OJEDA PISCO UNA **COMPARECENCIA CON RESTRICCIONES** y básicamente en torno a la obligación de los imputados una vez que puedan egresar del Establecimiento Penal, a) De no ausentarse de la localidad en que residieran y asimismo b) De presentarse a la autoridad fiscal o judicial en los días que se le fijen o sean requeridos, todo ello bajo apercibimiento de poder revocarse esta comparecencia restrictiva a petición del Ministerio Público; asimismo, c) La restricción de prohibir su comunicación con personas comprendidas o aludidas en la presente investigación como son los agentes penitenciarios y/o efectivos policiales.

04

PRISIÓN PREVENTIVA:**PRESUPUESTOS MATERIALES PARA SU IMPOSICIÓN**

"[...] Se ha logrado evidenciar razonablemente la comisión de un delito, específicamente el delito de Robo Agravado [...] Se considera también que de tales actuaciones preliminares se ha evidenciado razonablemente la participación del investigado en tales hechos".

"[...] La pena establecida para el delito materia de imputación es elevada siendo el mínimo de doce años de pena privativa de libertad por cuya razón en teoría, es imposible este nivel de investigación presumir que podría imponerse en caso se expida sentencia, una pena inferior a cuatro años, más aun si no se ha alegado ni se acreditado la existencia de circunstancias atenuantes u otras a tenerse en cuenta en la determinación judicial de la pena".

"[...] La norma procesal exige entre otros para calificar sobre todo el peligro de fuga [...] el arraigo en el país del imputado, así como las facilidades para abandonar definitivamente el país; en este extremo el Juggado considera que dada la condición de nacionalidad ecuatoriana del investigado, éste definitivamente cuenta con todas las facilidades para abandonar el Perú".

Base Legal: CP: Arts. 188°, 189°; NCPP: Arts. 268°, 269°, 270°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE ZARUMILLA**

EXPEDIENTE	: 293-2010-02-JIPZ
JUEZ	: OSWALDO S. VELARDE ABANTO
IMPUTADO	: KELVIN DOUGLAS CAMPOVERDE SOSORANGA
AGRAVIADO	: JUAN JOSÉ HURTADO MARTINEZ.
ASISTENTE DE CAUSAS	: FABY MERCADO SANDOVAL
ASISTENTE DE AUD.	: VÍCTOR ENRIQUE ODAR BARRETO
DELITO	: ROBO AGRAVADO

Resolución N° Tres

Zarumilla, cinco de octubre

Del año dos mil diez

VISTOS los actuados, oídos los alegatos de las partes en audiencia pública, **Y CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Que mediante escrito de folios 69 y siguientes, el señor fiscal de la Primera Fiscalía Penal Corporativa de Zarumilla, solicita a este Juggado se dicte mandato de prisión preventiva contra el ciudadano ecuatoriano KELVIN DOUGLAS CAMPOVERDE SOSORANGA, respecto de quien ha formalizado investigación preparatoria como presunto autor del delito CONTRA EL PATRIMONIO en la modalidad de ROBO AGRAVADO en agravio de JUAN JOSÉ HURTADO MARTINEZ; proceso en el cual se tiene como objeto de investigación la imputación efectuada contra KELVIN DOUGLAS CAMPOVERDE SOSORANGA, en el sentido que con fecha 23 de septiembre del 2010 a horas 7:30 p.m. aproximadamente junto a otras dos personas con quienes se desplazaba a bordo de una motocicleta, utilizando arma de fuego interceptaron al mencionado agraviado y tras amenazarlo le despojaron de sus pertenencias, como son equipo celular, dinero en efectivo, así como documentos personales.

SEGUNDO.- Como fundamentos de su requerimiento el señor Fiscal alega en esta audiencia que concurren los presupuestos de ley para amparar su petición, ya que según refiere en la investigación preliminar se han incorporado elementos de convicción fundados y graves que acreditan la comisión del delito y la vinculación con el investigado, tal es el caso de las actas de denuncia verbal, actas de intervención, actas de reconocimiento fotográfico, declaración de la parte agraviada, así como la declaración de testigos quienes han referido haber sido víctimas también de hechos delictivos por parte del imputado; señala así mismo que la pena probable a imponer en este caso, es superior a cuatro años de privación de libertad por cuanto conforme al artículo 189° del Código Penal, la pena mínima conminada es de doce años de privación de libertad; y finalmente señala que existe también peligro procesal, por cuanto el investigado no tiene arraigo domiciliario en el país al no precisar su dirección domiciliaria, tampoco cuenta con actividad laboral conocida; señala también que según informes de la Policía Ecuatoriana el investigado registra procesos por similar delito en dicho país, e incluso a la fecha se encuentra gozando del beneficio de semi libertad que le fuera

concedido oportunamente, y finalmente señala que existe también peligro de fuga dada la gravedad de los hechos y la penalidad correspondiente, solicita por tanto se declare fundada su solicitud.

TERCERO.- La defensa del investigado por su parte ha señalado en primer lugar que en cuanto a los hechos materia de imputación no existe flagrancia delictiva, por cuanto habrían ocurrido el día 23 de septiembre del año 2010, y según el acta de intervención policial a su defendido solamente se le encontró su cedula de identificación y otros documentos personales, señala así mismo que en este caso salvo la moto, no se acredita la preexistencia de los demás bienes presuntamente robados; que el agraviado JUAN JOSÉ HURTADO MARTINEZ, habría incurrido en contradicción al rendir su declaración, por cuanto señala que su patrocinado habría llegado cuando los otros sujetos le estaban quitando sus pertenencias, por lo que considerara que no se le puede involucrar al no haberse acreditado el concierto previo para la comisión de tal hecho delictivo; señala también tener información respecto a que la moto presuntamente robada a Leonardo Agurto Zapata, habría sido robada en fecha distinta a la que menciona en esta oportunidad, pues le habrían referido que el autor del tal hecho sería un conocido como “Chilalo”, y finalmente en cuanto a las actas de reconocimiento según sostiene éstas habrían sido inducidas.

En segundo lugar refiere que efectivamente la penalidad para el delito materia de investigación es elevada; sin embargo considera que al no existir vinculación entre el investigado y los hechos denunciados la pena no sería posible de imponer.

En tercer lugar en cuanto al peligro procesal señala que su patrocinado cuenta con un certificado domiciliario el que si bien no ha sido expedido por Notario Público, lo fue por el Juez de Paz y en donde se deja constancia que este reside en la calle Huascar S/N de esta localidad, así mismo refiere que conforme lo ha manifestado en su declaración respectiva su patrocinado se desempeña como obrero en la chacra de propiedad de su amigo en Uña de Gato y que actualmente vive en compañía de su conviviente con quien no tiene hijos.

Señala finalmente que el investigado debe ser juzgado por sus actos y no por sus antecedentes, pues si bien ha sido en oportunidad anterior procesado y sentenciado ello puede obedecer a un error por lo que en todo caso será en dicho proceso donde se revoque o se tome las medidas del caso respecto al beneficio de semilibertad que le fuera concedido, solicita que se declare infundado el requerimiento fiscal y se disponga mandato de comparecencia restrictiva, pues considera que en este caso particular no se justifica la medida solicitada, y su patrocinado bien puede ser procesado en libertad.

CUARTO.- Conforme a nuestro ordenamiento jurídico la prisión preventiva constituye una medida provisoria que procede ante la concurrencia de los presupuestos o requisitos contemplados en el artículo 268° del Código Procesal Penal vigente, esto es la existencia de elementos fundados y graves sobre el delito y la participación del investigado en el mismo, la pena probable superior a cuatro años de privación de libertad, y finalmente el peligro procesal entendido como la posibilidad de fuga y de obstaculización a la investigación habida en el procesado.

En tal sentido a efectos de resolver el requerimiento materia de audiencia es del caso analizar los alegatos expuestos por las partes así como los elementos de convicción incorporados previo a esta audiencia y determinar si concurren o no los presupuestos ya señalados.

QUINTO.- Respecto al primer presupuesto, se advierte de lo expuesto por las partes y diligencias preliminares que se ha incorporado a la investigación los siguientes elementos de convicción:

- La declaración del presunto agraviado JUAN JOSÉ HURTADO MARTINEZ, quien ha referido que en circunstancias que se desplazaba por la altura del colegio Chilimasa de Aguas Verdes, fue interceptado por una moto lineal en la que se desplazaban tres sujetos, quienes la obligaron bajo amenaza con arma de fuego a detenerse, que al estar detenido bajaron de la moto dos sujetos, uno de ellos con arma de fuego con la que lo amenazaba mientras que el otro procedió a sustraerle y buscarle en sus bolsillos sus pertenencias, finalmente señala que el sujeto que estaba en la moto, era un moreno y además decía “metelete un balazo”.

- El acta de reconocimiento de folios 19, la misma que se ha llevado a cabo con las formalidades y garantías de ley, al estar presente el representante del Ministerio Público, además del Abogado Defensor del investigado, letrado Pedro Estali Benites Sánchez, según aparece del acta respectiva; además según se aprecia en la referida acta, el agraviado ha proporcionado las características físicas de la persona que habría cometido el hecho en su agravio, a quien describe como moreno, alto, de contextura gruesa, sindicando que este ma-

nejaba la moto.

- La declaración de Rosa María Asunción Sánchez, obrante a folios 35 quien ha referido también haber sido víctima de robo de sus pertenencias a la altura del Grifo de "La Curva", precisando además que uno de los sujetos que cometió el ilícito en su agraviado es moreno de 1.70 mts. de altura aproximadamente y tenía un tatuaje en el brazo derecho.

- Acta de reconocimiento de folios 41, efectuado por Rosa María Asunción Sánchez llevada a cabo también en presencia de Fiscal y del Abogado Defensor del investigado.

Con tales elementos de convicción el Juggado considera que se ha logrado evidenciar razonablemente la comisión de un delito, específicamente el delito de Robo Agravado, pues según la descripción e información proporcionada, el hecho habría sido cometido mediante el uso de la amenaza al utilizar un arma de fuego y también con el concurso de más de dos personas, circunstancia que encaja en la hipótesis jurídica contemplada en el artículo 188° concordante con el artículo 189° del Código Penal.

Se considera también que de tales actuaciones preliminares se ha evidenciado razonablemente la participación del investigado en tales hechos, pues no solo ha sido reconocido por la parte agraviada, sino que además se ha precisado el rol que ha desempeñado en el evento criminoso, habiéndose en primer lugar proporcionado las características físicas que contrastadas con las correspondientes al investigado son coincidentes, por lo que resulta lógico sostener que si existe una vinculación con el hecho materia de imputación.

Se ha cuestionado en esta audiencia la inexistencia de flagrancia delictiva, sin embargo debe precisarse que el investigado y así se advierte de los alegatos del Ministerio Público, no ha sido puesto a disposición de este juggado alegándose tal circunstancia, pues oportunamente el Juggado ha emitido previo requerimiento fiscal, una orden de detención preliminar, la misma que conforme a nuestro ordenamiento procesal procede precisamente cuando alguien se encontraría en hechos delictivos y no exista flagrancia.

Respecto al alegato de que las actas de reconocimiento serían inducidas, el Juggado considera que a este nivel de investigación no puede pronunciarse invalidando dichos elementos de convicción, por cuanto como se reitera estos han sido realizados con la garantía de ley, sobre todo en la presencia de un Abogado Defensor de libre elección del investigado, circunstancia que lejos de restarle credibilidad, le otorga mayor eficacia probatoria a mérito de lo establecido en el artículo 189° inc. 3 del Código Procesal Penal.

SEXTO.- En cuanto al segundo presupuesto, es evidente conforme han coincidido ambas partes en sus alegatos la pena establecida para el delito materia de imputación es elevada siendo el mínimo de doce años de pena privativa de libertad por cuya razón en teoría, es imposible este nivel de investigación presumir que podría imponerse en caso se expida sentencia, una pena inferior a cuatro años, más aún si no se ha alegado ni se acreditado la existencia de circunstancias atenuantes u otras a tenerse en cuenta en la determinación judicial de la pena.

SÉTIMO.- En cuanto al tercer presupuesto, si bien es cierto se alega e incluso se ha presentado documento en esta audiencia sobre el domicilio del investigado, así como se hace referencia verbal sobre la ocupación, sin embargo es del caso resaltar que el propio imputado al proporcionar sus datos de identificación al inicio de audiencia, duda al respecto en la indicación de su domicilio y lo proporciona luego de manera imprecisa; por otro lado en cuanto a la ocupación habitual solo existe su declaración unilateral, en tal sentido no siendo corroborado con otro elemento de convicción útil y conducente, en tal sentido debe precisarse que la norma procesal exige entre otros para calificar sobre todo el peligro de fuga, entre otros indicadores el arraigo en el país del imputado, así como las facilidades para abandonar definitivamente el país; en este extremo el Juggado considera que dada la condición de nacionalidad ecuatoriana del investigado, este definitivamente cuenta con todas las facilidades para abandonar el Perú, pues dado el nulo control fronterizo es imposible evitar su pase a dicho país, lo cual constituye además su derecho, presumiéndose que atendiendo sobre todo a la gravedad de la pena probable opte por esta opción, pues si bien ha referido tener en este país una conviviente a criterio de este Juggado ello no es suficiente para considerar que tiene arraigo en este país, más aún si conforme a su propia declaración no tiene hijos con dicha conviviente.

OCTAVO.- Que la prisión preventiva debe decretarse su carácter excepcional en aquellos hechos que así lo justifiquen, siendo que este Juggado considera que a la luz de las investigaciones preliminares realizadas por el Ministerio Público, la medida solicitada resulta útil a los fines de la investigación, además de ser propor-

cional y razonable a la gravedad de las imputaciones, sin embargo es de precisar también que conforme nuestra norma procesal puede ser objeto de variación conforme al decurso procesal.

Por estas consideraciones, con la facultad conferida por la Constitución Política del Perú y de conformidad con lo prescrito por el artículo 188°, 189° del Código Penal, así como los artículos 268°, 269° y 270° del Código Procesal Penal, el Juggado Penal de Investigación Preparatoria de Zarumilla, **SE RESUELVE:**

1.- DECLARAR FUNDADO el requerimiento efectuado a este despacho por el Ministerio Público, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Zarumilla, mediante escrito de folios 69 y siguientes, sustentado oralmente en audiencia del día de la fecha, en consecuencia.

2.- DICTAR MANDATO DE PRISIÓN PREVENTIVA contra el ciudadano ecuatoriano KELVIN DOUGLAS CAMPOVERDE SOSORANGA, en la investigación preparatoria que se le sigue como presunto autor del delito CONTRA PATRIMONIO en la modalidad de ROBO AGRAVADO, en agravió de JUAN JOSÉ HURTADO MARTINEZ.

3.- ORDENAR EL INTERNAMIENTO del investigado KELVIN DOUGLAS CAMPOVERDE SOSORANGA, en el Establecimiento Penitenciario de Puerto Pizarro - Tumbes, debiendo girarse en el día la papeleta de ingreso respectiva.

4.- DISPONER que la Policía Nacional del Perú – Comisaría PNP Sectorial de Zarumilla, traslade al investigado en mención, hasta el establecimiento penitenciario, debiendo tomar las medidas de seguridad que el caso amerite y dar cuenta a este Juggado una vez cumplido el mandato. **Notifíquese.**

05

PROLONGACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA:**ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE CUANDO SE REQUIERE EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO**

"[...]En el caso de la prolongación de la prisión preventiva, el código procesal penal regula las oportunidades y competencias de los jueces expresamente, en esa línea si no las contempla en la etapa de juzgamiento o como función del juez de juzgamiento es que evidentemente el código privilegia garantizar la imparcialidad del juez de fallo que es garantía esencial de la administración de justicia [...] no resultaría procedente recurrir al juez de juzgamiento para prolongar una medida de coerción, como la prisión preventiva, toda vez que se le estaría imponiendo conocer el caso fuera del juicio oral".

"[...] Los únicos supuestos que autorizan al juez de juzgamiento conocer vía incidencia pedidos relacionados a medidas de coerción serían aquellos que no impliquen análisis o revisión de elementos de convicción del delito o de la responsabilidad del imputado forjados en la investigación preparatoria [...] se encontraría plenamente facultado para pronunciarse sobre la extinción de la prisión preventiva por vencimiento de plazo [...], otro supuesto lo encontramos en el caso de la reuocatoria de la comparecencia con restricciones por prisión preventiva [...]."

"[...] La Sala de Apelaciones dispuso que este colegiado debería de emitir pronunciamiento sobre el fondo aunque dicha resolución fue para un caso concreto y no tiene el carácter vinculante para otros casos resolver declarando improcedente liminarmente el pedido y únicamente motivaría mayor dilación en el trámite, puesto que la Sala conforme a su posición respecto al tema terminaría anulando la resolución que deniegue el pedido liminarmente, por lo que éste colegiado atendiendo al principio de economía procesal emitirá un pronunciamiento sobre el fondo".

Base Legal: NCPP: Arts. 28.3º, 29.2º, 268º, 271º, 272.2º, 273º, 274.1º, 274.2º, 287.3º, 325º, 350.1.c, 353.3º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MOQUEGUA
JUZGADO PENAL COLEGIADO DE MOQUEGUA**

EXPEDIENTE	: 00012-2011-65-2801-JR-PE-01
JUECES	: PARI TABOADA, RODRIGUEZ BARREDA Y PINO QUISPE
MINISTERIO PÚBLICO	: TERCER DESPACHO DE INVESTIGACIÓN
IMPUTADO	: MIRANDA VILCA, JHON
AGRAVIADO	: BACA ZAPATA, MANOLO GERSON
ESPECIALISTA	: HEIDY BERNAOLA PEÑA
DELITO	: ROBO AGRAVADO

**Resolución N° Tres
Moquegua, trece de octubre
Del año dos mil once**

VISTOS: la Resolución Nro. 02, de 12.10.2011, expedida por la Sala Penal de Apelaciones; **OIDOS:** la audiencia de prolongación de prisión preventiva llevada a cabo por este Colegiado con fecha 05.10.2011, que se mantiene vigente al no haber sido anulada por la Sala Penal; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que, liminarmente debe determinarse si este Colegiado debe expedir nuevo pronunciamiento respecto al requerimiento fiscal de prolongación de prisión preventiva con nueva audiencia o únicamente sobre la base de la existente en autos, que no fue materia de anulación por la Sala Penal; al respecto el Colegiado concluye que la Sala Penal no ha encontrado causa de nulidad en el desarrollo de la audiencia, tal es así que solo anula la resolución y no así la audiencia, como tampoco ordena la realización de una nueva; para desarrollar nueva audiencia, pese a lo anotado, solo podría realizarse previa declaración de nulidad del mismo, cuya causa no aprecia este Colegiado; en otro extremo podría argumentarse que audiencia y resolución son un todo que no puede disgregarse sin que se destruya la entidad; al efecto, el Colegiado tiene presente lo establecido en el octavo fundamento de la Casación N° 16 – 2009 – HUAURA ¹, de doce de

¹ OCTAVO. Es de tener presente que la anulación de la sentencia emitida tras un juicio oral, público y contradictorio –a esto último no son ajenos los juicios orales en procesos comunes y de seguridad–, si se afirma la existencia de un defecto estructural de la sentencia [en rigor, una infracción procesal derivada de la vulneración de un requisito interno de la sentencia, de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente en su elemento de exhaustividad –que no de congruencia–], no trae irremediabilmente consigo la nulidad del juicio oral y la necesidad de su repetición.

La opción anulatoria, en estas circunstancias, necesariamente debe asumirse como ultima ratio y siempre que, de un lado, se cumplan acabadamente los principios de taxatividad y de trascendencia y se configure una efectiva indefensión material a las partes concernidas –que menoscabe el derecho a intervenir en el proceso, el derecho a realizar los alegatos que se estimen pertinentes, el derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes a los hechos alegados y, en su caso y modo, el derecho de utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales–, centrada en la vulneración de sus derechos y/o garantías procesales de jerarquía constitucional –es decir, relevantemente los principios inherentes a la estructura del proceso: contradicción e igualdad de armas–; y, de otro lado, no sea posible por la naturaleza del recurso, además de estimarlo, resolver el fondo de la controversia penal, imposibilidad que no es de recibo en el recurso de apelación, opción absolutamente preferible por razones de economía procesal.

Ahora bien realizada este breve pero indispensable precisión, es del caso puntualizar que dictada la nulidad de una sentencia –absolutamente necesaria cuan-

margo de dos mil diez, donde el Colegiado Supremo hace presente que no toda nulidad de sentencia acarrea inevitablemente la nulidad del juicio oral, dicha conclusión se aplica al caso de autos, puesto que la Sala Penal advierte deficiencia en la resolución y no así en el desarrollo del debate de la audiencia, por lo que el Colegiado procederá a emitir pronunciamiento en base a la audiencia de prolongación de prisión preventiva llevada por este Colegiado.

SEGUNDO: Que, la organización de Estado elegido por el poder constituyente en nuestro país optó por uno democrático, basado en la representatividad y la división de poderes, siendo que a cada poder se le han asignado competencias y funciones específicas que no pueden ser asumidas por otro; así al Poder Legislativo se le ha encomendado principalmente la función de emitir Leyes y fiscalizar, en tanto que al Poder Judicial se ha asignado la tarea de administrar justicia aplicando la Ley al caso concreto, en ningún supuesto el Poder Judicial se encuentra facultado para crear, modificar o derogar normas jurídicas, salvo casos en que puede proceder al control difuso, únicamente para el caso concreto; es bajo este marco que el Colegiado interpreta la Constitución y el Código Procesal Penal en materia de prolongación de prisión preventiva.

TERCERO: Que, el nuevo modelo procesal penal vigente en este Distrito Judicial, tiene fundamento constitucional y legal, en el principio acusatorio, este principio garantiza a las partes un juez imparcial; e impone la divisiones de roles y funciones entre todos los sujetos procesales; el primer rol lo desempeña el Ministerio Público encargado de la persecución penal del delito, encontrándose facultado no solo para el desarrollo de la investigación sino también para solicitar a la autoridad judicial la afectación de derechos fundamentales del imputado u otro sujeto procesal, sin embargo, tal función no se desarrolla arbitrariamente sino sujeto al principio de legalidad, esto es, debe desarrollar una investigación respetando el debido proceso, y debe postular las medidas de restricción de derechos fundamentales en forma y en tiempo oportuno, previendo todas las contingencias, con exclusión del caso fortuito y la fuerza mayor; en el otro extremo, encontramos al imputado y su abogado defensor, quienes elegirán una estrategia de defensa frente a los actos de investigación que desarrolla el Fiscal, y de resistencia frente a los requerimientos de restricción de derechos fundamentales; roles completamente opuestos, una parte tiene un objetivo, en tanto que la otra tiene uno distinto y opuesto; es bajo este marco que el primer sujeto procesal recurre al juez, como tercero imparcial, para que decida si su requerimiento es fundado; el Juggador no puede asumir el rol de ninguna de las partes, no puede reemplazar en sus funciones a ninguna parte, hacerlo evidentemente reflejaría la pérdida de imparcialidad, en consecuencia, ameritaría su apartamiento del caso. Este nuevo modelo exige que el Juggador tome decisiones en base a lo debatido en audiencia, únicamente en base a lo expuesto en audiencia, esto es, a lo que fue materia de un control por la contraparte, así si una parte señala un hecho, la otra puede refutar o aceptar, sólo existe la información que las partes ingresan a debate, el resto simplemente no existe; sería extraño y causa de nulidad que el tercero imparcial introduzca hechos, primero porque no conoce de los elementos de convicción forjados en la investigación o en la etapa intermedia, no lo dirigió ni estuvo presente en tales actos, y segundo porque resultaría sorpresivo para las partes, ellas asistieron a audiencia y debatieron sobre temas puntuales, sin embargo, el tercero que supuestamente debe ser alguien imparcial, termina saliendo con otros, respecto a los cuales nunca hubo contradicción, siendo que tal información inevitablemente llegará a favorecer o perjudicar a alguna de las partes; eso el Colegiado no lo considera correcto.

CUARTO: Que, bajo este marco y previo a emitir pronunciamiento de fondo se hace presente el criterio del Colegiado respecto a si conforme al código procesal penal vigente en este Distrito Judicial, es procedente formular pedido de prolongación de prisión preventiva en la etapa de juzgamiento o es que tal pedido solo puede ser efectuado durante la investigación preparatoria y hasta la etapa intermedia ante el Juez de la Investigación Preparatoria.

QUINTO: Que conforme al artículo 28° 3º del Código Procesal Penal, compete funcionalmente a los juzgados penales dirigir la etapa de juzgamiento, resolver los incidentes que se promuevan durante el curso del mismo y las demás que establezca el código, en tanto que conforme al artículo 29° 2º del mismo código compete a los juzgados de investigación preparatoria imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria, bajo este marco normativo la autoridad judicial facultada para conocer incidencias derivadas de la restricción de derechos sería el juez de la investigación preparatoria más no así el juez de juzgamiento, el tipo de organización adoptado por el código procesal penal, que distingue competencias funcionales tanto horizontal como verticalmente garantiza un juez de fallo completamente imparcial, cuya convicción respecto a los hechos debe surgir del desarrollo del juicio

do se trata de vicios por defecto de tramitación, producidos en actos precedentes a la misma sentencia en tanto sean insubsanables— es irremediable anular las actuaciones del juicio oral, pues en ellas se sustenta toda sentencia de mérito —artículo 393° del NCPP—.

oral y no de pedidos colaterales de las partes o de actuaciones realizadas en la investigación preparatoria que solo produce elementos de convicción, en esa línea el artículo 325° del Código Procesal Penal señala: “que las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia”, para mantener su imparcialidad el juez de juzgamiento se encontraría prohibido de examinar o revisar los elementos de convicción producidos en la investigación preparatoria o etapa intermedia siendo que infringir tal proscripción implicaría conocer los hechos imputados fuera del juicio oral y vía elementos de convicción, criterio que no resultaría acorde a un sistema acusatorio, e incluso vaciaría de contenido sustancial a la división de funciones entre jueces de investigación preparatoria y jueces de juzgamiento, pues bajo ese criterio si los jueces de juzgamiento pueden conocer pedidos relacionados a la restricción de la libertad personal que son de mayor gravedad, también podrían conocer otros pedidos de menor gravedad, en suma podrían desarrollar funciones de investigación preparatoria. Podría argumentarse que al no atenderse el pedido de una de las partes se atentaría al principio constitucional de acceso a la justicia, sin embargo cabe hacer presente que no todos los derechos son absolutos, en tal sentido los principios constitucionales tienen su desarrollo en leyes, donde se establece la forma de poderlos ejercer. En el caso de la prolongación de la prisión preventiva, el código procesal penal regula las oportunidades y competencias de los jueces expresamente, en esa línea si no las contempla en la etapa de juzgamiento o como función del juez de juzgamiento es que evidentemente el código privilegia garantizar la imparcialidad del juez de fallo que es garantía esencial de la administración de justicia, bajo ese contexto no resultaría procedente recurrir al juez de juzgamiento para prolongar una medida de coerción, como la prisión preventiva, toda vez que se le estaría imponiendo conocer el caso fuera del juicio oral.

SEXTO: Que, por otro lado, conforme al Código Procesal Penal el nuevo proceso penal se encuentra organizado en etapas: investigación preliminar, investigación preparatoria formalizada, etapa intermedia y juzgamiento, en esa línea cabe precisar si en todas las etapas puede realizarse pedidos vinculados a la constitución, modificación, prolongación o extinción de las medidas de coerción; tratándose de la prisión preventiva, el Código Procesal Penal, establece que solo puede postularse una vez formalizada la investigación preparatoria por Fiscalía y solamente hasta la etapa intermedia, conforme lo preceptúa el artículo 353°.3° del Código Procesal Penal, es en esa línea que el citado Código en el título que regula la prisión preventiva esto es artículo 268° y siguientes, en todos los casos hace mención al Juez de Investigación Preparatoria y no al juez de juzgamiento, a mayor abundamiento el artículo 274° del Código Procesal Penal que regula los supuestos de prolongación de la prisión preventiva que establece como supuestos a evaluar la especial dificultad o prolongación de la investigación, criterios que se conocían y muy bien pudieron ser argumentados en la etapa correspondiente y no podrían ser materia de examen por este Colegiado, porque ello llevaría a evaluar los elementos de convicción o actos de investigación, en adición el mismo dispositivo legal en el numeral dos taxativamente prescribe: “el juez de la investigación preparatoria se pronunciará”, en consecuencia no resultaría procedente en esta etapa requerir al Colegiado un pedido que correspondería a la etapa intermedia y al Juez de la Investigación Preparatoria con lo que se ratifica que tal pedido no puede ser atendido por el juez de juzgamiento.

SÉTIMO: Que, los únicos supuestos que autorizan al juez de juzgamiento conocer vía incidencia pedidos relacionados a medidas de coerción sería aquellos que no impliquen análisis o revisión de elementos de convicción del delito o de la responsabilidad del imputado forjados en la investigación preparatoria, en esa línea el Colegiado se encontraría plenamente facultado para pronunciarse sobre la extinción de la prisión preventiva por vencimiento de plazo, conforme al artículo 273° del Código Procesal Penal, otro supuesto lo encontramos en el caso de la revocatoria de la comparecencia con restricciones por prisión preventiva contemplada en el artículo 287°.3° del Código Procesal Penal, en el primer caso el análisis se restringe únicamente a verificar el vencimiento de plazo, en tanto que en el segundo caso el análisis se limita a verificar el cumplimiento de las reglas de conducta, en ninguno de los casos conoce de elementos de convicción del delito o de la responsabilidad del procesado, manteniéndose así incólume su imparcialidad.

OCTAVO: Que, podría argumentarse que en otros distritos judiciales donde no se encuentra vigente este modelo, se permite regularmente la prolongación de la prisión preventiva en juzgamiento, si bien dicho argumento puede ser usado como método de interpretación histórica, el análisis debe ir más allá, en este modelo existe una etapa intermedia bastante rigurosa, lo que no existía en la legislación anterior, así ahora al Juez de la Investigación Preparatoria se le permite no solo el control formal sino también el sustancial de la acusación, así como verificar la subsistencia de las medidas de coerción, lo que antes no existía; así se aprecia que este nuevo modelo resulta más exigente para las partes. También podría argumentarse que la prisión preventiva debe garantizar la presencia del imputado para el resultado de la impugnación de la sentencia de primera instancia, que eventualmente podría ser una nulidad, al efecto, como en la anterior le-

gislación no había norma expresa el Tribunal Constitucional terminó validando tal posibilidad, sin embargo en el nuevo modelo existe norma taxativa que regula tal supuesto, artículo 274.4 del Código Procesal Penal, etapa en la que el juez de juzgamiento al haber conocido a plenitud el hecho y las pruebas, puede conocer la prolongación efectuada por la parte sin que exista peligro de contaminación. En consecuencia estas posturas, tampoco autorizarían la prolongación en esta etapa.

NOVENO: Que, si bien éste es el criterio del Colegiado, el mismo no es compartido por la Sala de Apelaciones, puesto que en similar supuesto que se presentó en otros expedientes, la Sala de Apelaciones dispuso que este colegiado debería de emitir pronunciamiento sobre el fondo aunque dicha resolución fue para un caso concreto y no tiene al carácter vinculante para otros casos resolver declarando improcedente liminarmente el pedido únicamente motivaría mayor dilación en el trámite, puesto que la Sala conforme a su posición respecto al tema terminaría anulando la resolución que deniegue el pedido liminarmente, por lo que este colegiado atendiendo al principio de economía procesal emitirá un pronunciamiento sobre el fondo.

DÉCIMO: Que, el señor Fiscal en audiencia solicita la prolongación de la prisión preventiva contra el imputado Jhon Miranda Vilca por el plazo de treinta días, sustenta su pedido en el artículo 274°.1° del Código Procesal Penal, señala que dicho pedido procede cuando se presenta una prolongación de la investigación en trámites, así como la sustracción del acusado al proceso, señala también que mediante disposición número uno de fecha trece de enero del dos mil once se formaliza la investigación preparatoria contra el acusado llevándose a cabo la investigación por el plazo de ciento veinte días, siendo que con fecha catorce de junio del dos mil once se presenta la acusación y que recién con fecha doce de setiembre del dos mil once se dicta auto de citación a juicio oral el día diecisiete de octubre del presente año, siendo que la prisión preventiva por nueve meses dictado mediante resolución número dos de fecha catorce de enero del presente año vencerá antes de que se realice el juicio oral por lo que existe fundamento para la prolongación, por otro lado señala que dentro del proceso se ha acreditado que existen fundados y graves elementos de convicción del delito y la responsabilidad del acusado, hay actas de arresto ciudadano, que se ha producido la sustracción del bien, que el agraviado fue agredido físicamente lo que se advierte del certificado médico legal, que existe pluralidad de agentes, que se cometió durante la noche; siendo que los hechos se suscitaron el día doce de enero del dos mil once cuando el agraviado se encontraba caminando por la Avenida veinticinco de noviembre siendo interceptado por el acusado y otro sujeto cuyos datos de identidad no se conocen, golpeándolo con una piedra rebuscándole los bolsillos llegando a sustraer sus audífonos, quien luego de la fuga es intervenido mediante arresto ciudadano, lo que evidencia que la prognosis de pena será superior a cuatro años de pena privativa de la libertad, así mismo que existe peligro de fuga lo que se ha establecido en la resolución que dicta de prisión preventiva la que fue materia de confirmación por el superior en grado; que no existe arraigo por la pena a imponer al acusado, por la importancia del daño resarcible que hasta la fecha no ha sido satisfecho y por el comportamiento advertido en la resolución que dicta prisión, que por otro lado señala que la prisión preventiva sirve no solo para la investigación preparatoria sino también para la etapa intermedia y el juicio oral donde se expide la sentencia que de ser condenatoria debe ejecutarse; corrido traslado a la defensa del acusado señala que el juzgado ha fijado muy rápido la audiencia de prolongación de prisión preventiva toda vez que el requerimiento fiscal ingresó el cuatro de octubre del dos mil once y la resolución se dictó también el cuatro de octubre del dos mil once, siendo que también ese mismo día se le notificó con la convocatoria para la sesión de la audiencia, que no existe una igualdad de armas y no se ha respetado el derecho de defensa ya que el tiempo que se le ha dado es muy poco para prepararse, que si Fiscalía manifiesta que existe peligro de que pueda eludir la acción de la justicia no es su responsabilidad como tampoco que se haya programado el juicio oral para el diecisiete de octubre del presente año, que Fiscalía no ha sustentado objetivamente el peligro de fuga, tampoco ha probado fehacientemente que exista pluralidad de agentes pues al otro sujeto que se señala participó no se tiene mayores datos, que no se trata de un delito consumado sino de tentativa porque no se han sustraído los bienes, a lo que el Ministerio Público refutó que ya en la resolución que dicta prisión preventiva se ha apreciado que existe peligro de fuga, está en esa resolución que no existe arraigo por la gravedad de la pena, personalidad del sujeto, la importancia del daño resarcible, por el comportamiento del sujeto, puede eludir la acción de la justicia.

ONCEAVO: Que, conforme al artículo 274°.1° del Código Procesal Penal “cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2° del artículo 272° del Código Procesal Penal; de lo expuesto se advierte que este pedido solo puede ser efectuado cuando se presenta dos supuestos normativos; el primero estaría dado porque se presente una especial dificultad [del proceso, según la Sala de Apelaciones] y el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia; y el segundo supuesto, cuando se presente una prolongación de la investigación y el imputado

podiera sustraerse a la acción de la justicia; siendo que cuando Ministerio Público ha sustentado su pedido, ha optado por adecuar su pedido a uno de estos supuestos, eligiendo la existencia de prolongación de la investigación y riesgo de sustracción a la acción de la justicia; sin embargo, a lo largo de su intervención no ha expuesto los actos de investigación llevados a cabo durante la investigación preparatoria que habrían motivado la existencia de prolongación de la investigación, como tampoco ha expuesto los actos procesales que hayan ameritado una prolongación de la etapa siguiente; esto es, de la etapa intermedia; siendo que, su pedido lo ha sustentado en que existirían fundados y graves elementos de la comisión del delito y la responsabilidad así como que existe peligro de fuga y que los mismos fueron establecidos en la resolución que dicta prisión preventiva, lo cual es evidente puesto que se dictó tal resolución, sin embargo, los mismos no resultan ser presupuestos para dictar la prolongación de la prisión preventiva, sino presupuestos para que se dicten prisión preventiva, quedando claro para el Colegiado que si un magistrado dictó prisión preventiva es que efectivamente en su momento concurren tales supuestos, lo mismo ocurriría con el supuesto sustentado por Fiscalía en el sentido de que la pena a imponer es superior a cuatro años de pena privativa de la libertad. Fiscalía también sustenta su pedido en que su acusación ingresó el catorce de junio y que recién se dicta auto de citación el doce de septiembre, sin embargo, olvida mencionar que la audiencia de control de acusación se llevo a cabo el primero de septiembre del dos mil once, esto es, próximo a vencerse el plazo de la prisión, puesto que éste vencería en el mes de octubre, lo que evidencia que Fiscalía optó por no solicitar oportunamente la prolongación de la prisión preventiva ante el Juez de la Investigación Preparatoria, siendo que, conforme al artículo 353°.3° del Código Procesal Penal, el Juez de la Investigación preparatoria si resulta necesario de oficio o según el pedido de parte formulado conforme a lo dispuesto en el numeral 1°, literal c) del artículo 357° y 350° del Código Procesal Penal, puede pronunciarse de la subsistencia de las medidas de coerción; lo que era plenamente previsible y no esperar hasta que el proceso se encuentre ante el Juez de juzgamiento y próximo a vencerse el plazo de la prisión preventiva para ingresar el requerimiento respectivo; en todo caso el Colegiado considera que si el Ministerio Público no ingresó la prolongación de la prisión preventiva en la etapa intermedia junto con la acusación o antes de la expedición del auto de enjuiciamiento porque no advirtió hasta esa etapa, prolongación de la investigación, pues de haberse advertido ello evidentemente hubiera postulado la prolongación de la prisión preventiva, lo que lleva a evaluar si después de emitido el auto de enjuiciamiento, a la fecha, se presenta prolongación de la investigación, al respecto se tiene presente que durante la exposición de Ministerio Público no se ha expuesto acto procesal alguno que represente prolongación de la investigación, supuesto que tampoco podría haberse presentado, toda vez que la investigación preparatoria habría concluido antes de la presentación de la acusación; por lo que el pedido del Ministerio Público deviene en infundado. En este extremo debe puntualizarse que Fiscalía optó por sustentar su pedido en el supuesto de prolongación de la investigación, lo que no pudo acreditar en el debate oral.

DOCEAVO: Que, para la concesión de la prolongación de la prisión preventiva, como se ha expuesto deben concurrir copulativamente dos supuestos, para el caso de la tesis sustentada por Fiscalía, prolongación de la investigación y riesgo de que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia; respecto al examen para la concesión debe verificarse un análisis progresivo, esto es, solo de presentarse el primer supuesto, puede analizarse si también concurre el segundo; no resultando para nada lógico ni práctico, ponerse a analizar el segundo si el primero no concurre, puesto que no estamos ante supuestos alternativos sino copulativos; análisis que también se realiza para determinar si determinado hecho constituye delito, así, cuando estamos frente a un hecho, primero debemos determinar si estamos ante una acción, de ser así, entramos al análisis de la tipicidad, luego de la antijuricidad y culpabilidad, análisis que también se realiza progresivamente, de nada serviría analizar si un hecho, que no es acción, es típico o no, o si presenta alguna causa de justificación o exculpación. En el caso concreto el Colegiado concluye que en el requerimiento postulado por fiscalía no se presenta el primer presupuesto, esto es, no existe prolongación de la investigación, bajo ese marco, no resultaba relevante el análisis de si el imputado podría sustraerse a la acción de la justicia; empero, la Sala Penal es del criterio contrario, esto es, aún así debe verificarse si concurre o no el segundo presupuesto.

TRECEAVO: Que, respecto al segundo presupuesto, la Fiscalía ha señalado al sustentar en audiencia su requerimiento que existe peligro de fuga ya que se ha establecido en la resolución que dicta prisión preventiva que no existe arraigo por la pena a imponer al Acusado, por la importancia del daño resarcible, que hasta la fecha no ha sido satisfecho, por el comportamiento advertido en la resolución que dicta prisión; que está en esa resolución que no existe arraigo por la gravedad de la pena, personalidad del sujeto, la importancia del daño resarcible, y por el comportamiento del sujeto; argumentos que fueron contradichos por el abogado del Acusado, quien ha señalado que fiscalía no sustenta en qué consiste el peligro de fuga, que estamos ante un delito en grado de tentativa. Que, analizando el sustento efectuado por Fiscalía en audiencia, no

puede concluirse válidamente que aún exista peligro de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la Justicia, puesto que su fundamentación en bastante vaga, el hecho de que al Acusado se le impute el delito de robo agravado en grado de tentativa, por sí no significa que aún exista peligro de fuga, deben analizarse y verificarse elementos de convicción concretos que lleven a la conclusión de que el imputado inevitablemente eludirá la acción de la justicia, elementos que no han sido precisados con minuciosidad por Fiscalía; Ministerio Público solo por el hecho de que se dictó prisión preventiva concluye que persiste peligro de fuga, lo que conforme al ordenamiento adjetivo no es así, tratándose de este tipo de requerimientos, la Fiscalía debe acreditar con suficiencia que el inicial peligro advertido aún se mantiene, ojo no estamos en el análisis de un pedido de cesación de prisión preventiva donde el imputado debe acreditar que la situación inicial ha cambiado, que el peligro ha cesado; en la prolongación de la prisión preventiva la prueba de que aún se mantiene el peligro de fuga corre por cuenta de Fiscalía, lo que para el caso concreto no ha logrado acreditar en audiencia, por lo que por este motivo, también debe desestimarse el requerimiento fiscal.

CATORCEAVO: Que la defensa del acusado temerariamente sostiene que se le ha recortado su derecho de defensa así como a un derecho a la igualdad procesal al haberse fijado la audiencia el mismo día en que se ingresó el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva y señalándose fecha para el día siguiente; puesto que conforme al artículo 274°.2° del Código Procesal Penal, el juez de la investigación preparatoria debe pronunciarse respecto al pedido de prolongación de prisión preventiva dentro del tercer día de presentado el requerimiento; esto es no debe esperarse tres días para señalarse fecha sino debe señalarse la fecha dentro de los tres días, en consecuencia el colegiado al haber fijado dentro del plazo legal estaba cumpliendo una norma imperativa de cumplimiento no sólo para el colegiado sino también para las partes, siendo que tal acto no podría significar ningún tipo de vulneración sino más bien el cumplimiento del debido proceso. Fundamentos por los cuales se resuelve declarar infundado el requerimiento de prisión preventiva postulado por el Ministerio Público contra el acusado Jhon Miranda Vilca, exhortar al abogado de la defensa por ésta única vez a efectos de que ejerza sus atribuciones a lo normado por el Código Procesal Penal.

Fundamentos por los que,

SE RESUELVE: Declarar **INFUNDADO** el requerimiento de prolongación de prisión preventiva postulado por el Ministerio Público contra el acusado Jhon Miranda Vilca. Exhortar al abogado de la defensa por única vez a efectos de que ejerza sus atribuciones conforme a lo normado por el Código Procesal Penal.

06

PRISIÓN PREVENTIVA:

NO SE TENDRÁ EN CUENTA PARA EL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS EL TIEMPO EN QUE LA CAUSA SUFRIERE DILACIONES MALICIOSAS ATRIBUIBLES AL IMPUTADO O A SU DEFENSA

"[...] Nos encontramos [...] ante comportamientos obstruccionistas por parte del abogado defensor del investigado, el cual no ha presentado disposición alguna para llevar a cabo la audiencia de ampliación de prisión preventiva, lo que generó que dicha audiencia no se haya realizado hasta en dos oportunidades".

"[...] Por lo que no podría ampararse lo peticionado [libertad procesal por exceso de carcelería] en tanto se encuentra pendiente de resolver necesariamente el pedido de ampliación de prisión preventiva lo cual fue efectuado antes del vencimiento del plazo de prisión preventiva".

Base Legal: NCPP: Arts. 272.1°, 273°, 274.1°, 274.2°, 275.1°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA
SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE PIURA**

EXPEDIENTE	: 2840-2010-0-2001-JR-PE-02
JUEZ	: FRANCISCO MANUEL FERNÁNDEZ REFORME
MINISTERIO PÚBLICO IMPUTADO	: SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE PIURA : ALGENDONES CHÁVEZ EMILIA ENCARNACIÓN SERNAQUE GUTIERREZ JUAN GUTIERREZ SILVA ITALO CRISTHIAN
AGRAVIADO ESPECIALISTA DELITO	: DÍAZ CHUMACERO GERALDINE VERÓNICA : LEZCANO CHÁVEZ EILEEN DEL R. : ROBO AGRAVADO

**Resolución N° Cinco
Piura, ocho de noviembre
Del año dos mil diez**

AUTOS Y VISTOS; dado cuenta con el pedido de libertad procesal por exceso del plazo de prisión preventiva requerido por el abogado defensor del investigado Juan Sernaque Gutiérrez.

Y, CONSIDERANDO:

PRIMERO.- El abogado Arturo Galecio Gonzales, alega que se le imputa a su patrocinado Juan Francisco Sernaque Gutierrez ser el autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado de la suma de cuatro mil doscientos nuevos soles, por los hechos ocurridos el día 07 de junio del año en curso, en agravio de la empresa Marcimex. Que, con fecha 09 de junio del año en curso se declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitada por la representante del Ministerio Público por el plazo de cinco meses por el presunto delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, resolución que fue materia de impugnación la cual fue confirmada por la Superior Sala Penal de Apelaciones de Piura, sin embargo se debe tener en cuenta que su patrocinado fue intervenido el día 07 de junio del año en curso, fecha desde que el plazo de prisión preventiva se empieza a computar, por lo que el plazo de la prisión preventiva ha vencido el día 07 de noviembre del año en curso sin que concurra ninguna causal de suspensión del plazo previsto por el artículo 275° del Código Procesal Penal, ni mucho menos exista sentencia de primera instancia, solicitando por ello la libertad de su patrocinado.

SEGUNDO.- El artículo 273° del Código Procesal Penal, desarrolla lo referido al plazo razonable y prescribe que al vencimiento del plazo (referido al prisión preventiva del 272° del Código Procesal Penal), sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el Juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales, incluso las restricciones a que se refieren los numerales 2) al 4) del artículo 288.

TERCERO.- Sobre el contenido del derecho al plazo razonable, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, así como la desarrollada en el expediente EXP. N.° 01640-2009-PHC/TC, publicada últimamente, ha establecido lo siguiente: (.....) este Tribunal ya ha señalado en anterior oportunidad que el atributo en

mención tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación y asegurar que su tramitación se realice prontamente. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y su fin forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido (Cfr. STC 618-2005-PHC/TC, caso Ronald Winston Díaz Díaz, fundamento 10). Por otro lado, los criterios para determinar la razonabilidad del plazo, tal como lo ha señalado este Colegiado –haciendo suyos los fundamentos expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos– son los siguientes: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales (Cfr. STC 618-2005-PHC/TC, caso Ronald Winston Díaz Díaz, fundamento 11; Exp. N° 5291-2005-PHC/TC, caso Heriberto Manuel Benítez Rivas y otra, fundamento 6).

CUARTO.- No obstante lo expresado precedentemente, para efectos de resolver la procedencia o denegatoria de lo petitionado por el abogado defensor del investigado, debe evaluarse necesariamente, que en el presente caso, con fecha 04 de noviembre del año en curso, la representante del Ministerio Público acudió a éste despacho para solicitar la ampliación (prolongación) de la prisión preventiva por el plazo adicional de cuatro meses, conforme a los recaudos que obran en el presente cuadernillo, y que dicha audiencia hasta la fecha no se ha podido realizar por causas no imputables al operador judicial, ni Ministerio Público, sino más bien por causas imputables al abogado defensor del propio investigado.

QUINTO.- Por ello, es menester tener en cuenta los dispositivos legales que con respecto a la ampliación (prolongación) de la prisión preventiva regula nuestro Código Procesal Penal:

El artículo 272° del Código Procesal Penal prescribe en relación a la prisión preventiva que:

1. La prisión preventiva no durará más de nueve meses.
2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses.

Por su parte el artículo 274° del acotado texto adjetivo, en cuanto a la prolongación de la prisión preventiva:

1. Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del artículo 272. El Fiscal debe solicitarla al Juez antes de su vencimiento.
2. El Juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Ésta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad (....)

Finalmente, el artículo 275° del texto en mención, en relación al cómputo del plazo de la prisión preventiva:

1. No se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de la prisión preventiva, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa.
2. El cómputo del plazo, cuando se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución.
3. En los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos punibles imputados a la jurisdicción penal ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva.

SEXTO.- De lo actuado se puede advertir lo siguiente:

Con motivo de los hechos acaecidos el día 07 de junio del año en curso, resultó implicado y presunto autor el investigado Juan Francisco Sernaque Gutierrez y otros, del delito de robo agravado en agravio de la empresa Marcimex y Geraldine Verónica Díaz Chumacero. Es así, que al haberse detenido por la autoridad

policial el referido día, luego de una persecución, el Ministerio Público acude a éste Juzgado para requerir la prisión preventiva, siendo que el día 09 de junio del año en curso, éste Juzgado declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva por el plazo de cinco meses, resolución que fue confirmada por la Superior Sala Penal de Piura, el día 18 de junio del año en curso.

El día 04 de noviembre de 2010, la representante del Ministerio Público ha requerido a éste Juzgado la ampliación de la prisión preventiva del investigado por el plazo máximo establecido por el artículo 272° del Código Procesal Penal, al no haber concluido la etapa procesal de investigación preparatoria (la que según el sistema informático figura que con fecha 07 de octubre se ha ampliado la investigación preparatoria por sesenta días) y estar pendiente de actuar diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Ante el referido requerimiento de ampliación de la prisión preventiva, la especialista legal de Turno, por encontrarse los trabajadores del Poder Judicial en Huelga y en tanto se trataba de reo en cárcel, programó la realización de la audiencia de su cometido para el día viernes 05 de noviembre del año en curso a horas una de la tarde. La realización de dicha audiencia trató de ser notificada por la especialista legal vía telefónica al abogado defensor del investigado no logrando su finalidad, sin embargo la representante del Ministerio Público en aras de colaboración para que se pueda llevar a cabo la diligencia, se pudo comunicar con el abogado defensor y le informó de la realización, fecha y hora de la audiencia, obteniendo la respuesta del letrado que no podía asistir pues se encontraba en la ciudad de Lima. La audiencia en mención no pudo realizarse por la inasistencia del abogado defensor del investigado y se reprogramó la misma para el día lunes 08 de noviembre de 2010, a horas dos de la tarde.

El día 08 de noviembre del año en curso, a horas 9:45 de la mañana, el abogado defensor del investigado ha presentado el escrito de excarcelación por exceso de detención, escrito que fue recepcionado por la especialista de Turno Teresa Toro García, la misma que hizo conocer al abogado defensor del investigado el tenor de la resolución que programada la realización de la audiencia de ampliación de prisión preventiva para el día de la fecha, siendo que dicho letrado se negó a firmar la constancia de su propósito, manifestando que debería notificársele en su domicilio procesal, hecho último que si fue efectuado, conforme se aprecia de la constancia de notificación de fecha 08 de noviembre del año en curso, dejada en el domicilio procesal calle cuzco 1074 segundo piso oficina 203, a horas ocho de la mañana. A ello, debe agregarse que el suscrito al entrevistarse con el referido letrado le comunicó de igual manera de la realización de la audiencia programada en forma verbal, obteniendo del abogado la respuesta que en todo caso esperaría su notificación en su domicilio procesal.

En horas de la tarde (hora programada), estando presentes en el Establecimiento Penitenciario de Río Seco, la representante del Ministerio Público, el investigado Juan Sernaque Gutierrez, así como la defensora pública penal, quien acudió al llamado de la Judicatura, no se hizo presente para efectos de llevar a cabo la referida diligencia el abogado defensor particular, y estando a que la abogada defensora pública presentó indisposición de patrocinar al investigado pues alegaba que debería notificarse por segunda vez al abogado defensor para recién aplicar el artículo 85° del Código Procesal Penal, se tuvo que reprogramar la diligencia para el día 10 de los corrientes a horas dos de la tarde.

El Ministerio Público ha hecho llegar a éste despacho un escrito de absolución de la petición de excarcelación, en el cual expresa que el artículo 723° del Código Procesal Penal, habla del plazo de prisión preventiva de nueve meses y habiendo establecido cinco meses de prisión preventiva, resulta evidente en observancia al principio de legalidad que el plazo no resulta lesivo. Además, asevera que si bien el plazo concedido a la fecha se encontraría vencido, también lo es que la ampliación formal del mismo, ha sido efectuada en forma adelantada al mismo, esto es, con fecha 04 de noviembre de 2010, el cual se encuentra pendiente de ser resuelto, dada las acciones dilatorias que se vienen propiciando y resultan ajenas a la actuación del Ministerio Público.

SÉTIMO.- Analizando lo expuesto en las consideraciones precedentes, se puede concluir con claridad meridiana que si bien a la fecha el plazo de prisión preventiva de cinco meses ha vencido, sin embargo no puede soslayarse el hecho evidente de que antes del vencimiento del referido plazo de la prisión preventiva, esto es con fecha 04 de noviembre del año en curso, la representante del Ministerio Público acudió a éste Juzgado para solicitar en virtud de lo dispuesto por el artículo 274° del Código Procesal Penal, la ampliación (prolongación) de la prisión preventiva, no habiendo operado la caducidad de dicha petición, por ello se ha programado la realización de la audiencia correspondiente de ampliación de prisión preventiva también antes del vencimiento del plazo de prisión preventiva, no llevándose a cabo la diligencia en mención por causas no imputables al operador judiciales, ni tampoco del Ministerio Público, quien ha colaborado en el

acto procesal de notificación del abogado defensor del investigado para llevar a cabo la primera programación de audiencia el día 05 de noviembre, empero la realización de la primera audiencia y de la segunda reprogramada no pudo llevarse a cabo por causas imputables al abogado defensor del investigado, quién no ha concurrido a éstas cesiones de audiencia programadas, no obstante tener pleno conocimiento de su realización, pues como ha dejado constancia la especialista legal de emergencia, al encontrarse los trabajadores del poder judicial en huelga, que el abogado defensor tuvo conocimiento de la primera notificación (hecho comunicado por la representante del Ministerio Público telefónicamente al abogado defensor), y en la segunda notificación (se enteró de manera directa de la especialista legal Teresa Toro, negándose a firmar la constancia respectiva, e incluso el magistrado que suscribe la presente le comunicó de manera directa de la realización de la audiencia).

De lo acontecido es evidente que nos encontramos conforme ha quedado desarrollado líneas arriba por el Tribunal Constitucional y lo prescrito por el artículo 275° del Código Procesal Penal, ante comportamientos obstruccionistas por parte del abogado defensor del investigado, el cual no ha presentado disposición alguna para llevar a cabo la audiencia de ampliación de la prisión preventiva, lo que generó que dicha audiencia no se haya realizado hasta en dos oportunidades, habiéndose reprogramado por tercera vez para el día 10 de noviembre del año en curso a horas dos de la tarde, con el apercibimiento de llevarse a cabo con la asistencia del abogado defensor público si es que el abogado defensor particular no concurriera, por lo que no podría ampararse lo peticionado en tanto debe resolverse necesariamente el pedido de ampliación de prisión preventiva lo cual fue efectuado antes del vencimiento del plazo de prisión preventiva y será en dicha audiencia en la que se determine finalmente en virtud del artículo 274° del Código Procesal Penal, si es procedente o no dicha petición, debiéndose exhortar al abogado defensor del investigado a que preste disposición favorable para llevar a cabo dicha audiencia, pues caso contrario será llevada a cabo con la asistencia del defensor público penal, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 85° del Código Procesal Penal.

Fundamentos por los cuales; **SE RESUELVE: DECLARAR INFUNDADO EL PEDIDO DE EXCARCELACIÓN POR EXCESO DE DETENCIÓN** PETICIONADO POR EL ABOGADO DEFENSOR ARTURO GALECIO GONZALES, continuando con la secuela del proceso, cúmplase con realizar la audiencia de ampliación de la prisión preventiva programada para el día miércoles 10 de noviembre del año en curso a horas dos de la tarde en las instalaciones del Penal de Río Seco, exhortando al abogado defensor del investigado para que preste su disposición en acudir a dicha audiencia, caso contrario se llevará a cabo con la asistencia del abogado defensor público penal, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 85° del Código Procesal Penal. **OFICIESE AL INPE y NOTIFÍQUESE**

07

CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: IMPROCEDENCIA ANTE LA NO EXISTENCIA DE NUEVOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE DEMUESTREN QUE NO CONCURREN LOS MOTIVOS QUE DETERMINARON SU IMPOSICIÓN

"[...] No está demás señalar que en torno al arraigo familiar[...] no se puede tomar a priori la sola expresión de este arraigo [...] y que en todo caso la expresión "existencia o inexistencia de arraigo", en realidad sería un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental y eso es lo que se está haciendo en este acto por parte del Juggador; por ende[...] no se puede sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarte la prisión preventiva".

Base Legal: NCPP: Art. 283°

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE PUNO

EXPEDIENTE	: 01170-2011-62-2101-JR-PE-01
JUEZ	: VÍCTOR CALIZAYA COILA
IMPUTADO	: DENIS JOSÉ VÁSQUEZ FIGUEROA Y OTROS
AGRAVIADO	: MARÍA CLEMENCIA HENANDEZ MAGHUYOP Y OTRO
ESPECIALISTA DE AUD.	: ZULEMA ALATRISTA VIZCARRA
DELITO	: HURTO AGRAVADO

Resolución N° Dos Puno, treinta de setiembre Del año dos mil once

Escuchados los fundamentos del pedido de cesación de prisión preventiva formulado por el imputado DENIS JOSÉ VÁSQUEZ FIGUEROA así como lo alegado por el Ministerio Público en torno al traslado conferido y,

CONSIDERANDOS:

PRIMERO.- El Código Procesal Penal en relación a la cesación de prisión preventiva, ha establecido los parámetros para su procedencia, es así que en el artículo 283° indica específicamente en su tercer párrafo, que la cesación de la medida de prisión preventiva procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia, para esto debe tomarse en cuenta por parte del Juez las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa; de estimarse procedente se impondrá las consecuentes reglas de conducta para garantizar la presencia del imputado, para evitar que lesione la finalidad de la medida; estos vienen a ser los presupuestos normativos procesales para la procedencia de la cesación de prisión preventiva

SEGUNDO.- En el caso concreto, a decir de lo acontecido en la audiencia de prisión preventiva de cuya diligencia es consecuencia la presente audiencia, se ha establecido con suma claridad la imputación fáctica acontecida el ocho de setiembre del año en curso a horas cinco y treinta de la tarde aproximadamente en el interior del hotel Royal Inn de la ciudad de Puno, se hace la evocación de este extremo fáctico en razón de que en el interior del hotel Royal Inn, se ha puesto en evidencia la forma en que se habría cometido el hecho ilícito y al respecto se ha sustentado la concurrencia de elementos de convicción graves y fundados; en específico se resaltó el registro de video a través de la cámara de seguridad del referido hotel, que ha permitido identificar a los tres imputados, siendo uno de ellos Denis José Vásquez Figueroa.

Por otro lado se ha llegado a establecer acorde a los elementos de convicción sustentados por el Ministerio Público, de que este hecho se ha realizado liminarmente _hasta el momento así se entiende_, bajo la figura de la coautoría, pues claramente estos elementos de convicción y en específico el registro de la cámara de seguridad, establece la distribución de roles y el dominio de hecho compartido que han realizado en la comisión de delito los tres imputados; por ende la naturaleza de los hechos en los cuales está implicado el imputado Denis José Vásquez Figueroa, no es un hecho común ni suscitado en circunstancias de espontaneidad de querer simplemente hurtar, sino básicamente a través de toda una fase seguramente de ideación, una fase preparatoria y obviamente la fase de ejecución de este ilícito que se encuentra corroborado con elementos de convicción; por ende estamos ante una forma de comisión de delito que desde ya reviste sumo cuidado

en torno a establecer la condición de cada uno de los imputados, a más de que en la misma audiencia de prisión preventiva, se ha logrado establecer que dos de los imputados en realidad tendrían antecedentes en torno a la comisión de éste tipo de hechos ilícitos. Bajo ese parámetro y premisa normativa y fáctica que ameritaron la decisión judicial de prisión preventiva; en el caso concreto, el Juezador optará por rescatar los alcances que ha dado la Presidencia del Poder Judicial, atendiendo a esta coyuntura de alto grado o índice de la delincuencia común que ocurre en toda la República Peruana y que precisamente ha generado que se den directrices que en lo posible deben ser observadas por los Jueces de la República; así se tiene la Resolución Administrativa 325-2011 de la Presidencia del Poder Judicial, emitida el trece de septiembre del dos mil once y publicada el catorce de septiembre del presente año, que si bien resulta posterior a la audiencia de prisión preventiva; empero resulta en lo que corresponda, aplicable para la presente audiencia de cesación de prisión preventiva; bajo el desarrollo de dicha circular indica que estando a inicios de la investigación preparatoria, no se puede exigir obviamente una calificación absolutamente correcta sino racionalmente aproximativa al tipo penal referido y por ende se debe establecer los presupuestos en función a la punibilidad que se espera y a la perseguibilidad, esto lo denomina el jurista César San Martín como la probabilidad real de culpabilidad; en el caso concreto esta probabilidad real de culpabilidad desde ya ha generado certeza con los elementos de convicción que han sido analizados en su momento; por otro lado, otro de los extremos de esta circular, en torno a los denominados arraigos tanto domiciliario, familiar y laboral han sido precisados que no son propiamente presupuestos de la función preventiva sino básicamente tipologías referenciales; es decir, parámetros destinados a guiar el análisis del riesgo de fuga ó el riesgo de obstaculización, lo que conocemos como el peligro procesal; por ende se sostiene que no se está frente a causales de tipo taxativo ni frente a presupuestos materiales de la prisión preventiva; por ende se hace necesario que los jueces hagan una valoración en conjunto de todas las circunstancias del caso para evaluar la existencia o inexistencia del peligrosismo procesal, entonces sostiene que no se puede manejar a priori la sola mención a los arraigos antes referidos.

En tal sentido, se llega a establecer que en efecto se denota arraigo laboral en el imputado Denis José Vásquez Figueroa, toda vez que aparecen fichas que consigan la razón social de un empleador como Francisco Arturo Córdova Siucha, el número de RUC y obviamente el vínculo laboral que tendría el imputado con dicho empleador, lo que se corrobora con su adscripción a ESSALUD y el registro de trabajadores en el formato veinticinco habilitado por la SUNAT y que son de data reciente; es decir de julio y agosto del año dos mil once; es decir, meses antes de la comisión del hecho ilícito, además de la constancia de presentación en torno a las retenciones y obviamente a los pagos que se habría realizado en función a éste; por ende el Juezador razonablemente estima de que si concurrirían elementos en torno a que habría el imputado realizado labores ocupacionales que no pueden ser puestas en duda, a más de que el Ministerio Público no ha contrapuesto o cuestionado con otros documentos de que esto no sea cierto.

Por otro lado, pasando a analizar el arraigo domiciliario, debe tomarse en cuenta que el imputado ha alcanzado dos certificados domiciliarios; uno expedido por un notario de Trujillo Marco Antonio Corcuera García y que es de fecha catorce de septiembre, en el que se indica que Denis José Vásquez Figueroa habría vivido con su tía Jesús Elizabeth Vásquez de Córdova, lo que resulta un tanto incoherente es de que en torno a la alegación de que él fuera el soporte económico de su señora madre que estaría en delicado estado de salud al referirnos a la persona de Nely Elsa Figueroa Mendoza, es que el imputado no viva conjuntamente con su señora madre, como tal se ha llegado a establecer de que su señora madre tendría otro domicilio, como tal no genera una certeza en torno a este extremo de que sea la persona de que directamente le este prestando esta atención en torno a su estado de salud, a más de que la misma declaración de esta tía Jesús Elizabeth Vásquez de Córdova indica que de recobrar su libertad el imputado continuará viviendo con ella en el domicilio antes indicado, situaciones éstas que no se condicen con la generalidad que persigue el imputado de recobrar la libertad y atender personalmente a su señora madre. De igual manera el certificado domiciliario emitido por el Juez de Paz del distrito El Porvenir como así se ha oralizado por la Defensa Técnica, corresponde propiamente a un documento que habría emitido un Juez que no tiene jurisdicción en el distrito de Trujillo y haciendo hincapié a los alcances que hiciera la Defensa Técnica de que esto se habría debido a las circunstancias y obviamente a la necesidad de la familia del imputado de tener que alcanzar un documento, pues lo razonable y correcto hubiere sido que al contar con ambos certificados domiciliarios, la abstención de presentar éste certificado domiciliario que como bien lo han reconocido no corresponde a un funcionario o Juez de Paz que tenga competencia; por ende no puede generar certeza en el Juezador; un dato relevante en torno a este extremo domiciliario radica en la afirmación que realiza el imputado a través de su Defensa Técnica de que el domicilio real que ha consignado en sus generales en la audiencia de prisión preventiva que ha indicado según el señor Fiscal en el barrio Bellavista doscientos cuarenta y cinco de la ciudad de Puno, obedecería a insinuaciones de los otros coimputados, ello pone en

relieve de que el imputado es altamente asequible y factible a cambiar la información y faltar a la verdad, elemento éste que desde ya implica que se ponga en tela de juicio lo que pueda afirmar, pues si lo hizo al consignar un domicilio real, con mayor razón puede estar en una alta probabilidad de que no se ajuste o se ciñe a la legalidad y al ordenamiento jurídico, que es lo que precisamente se busca establecer en torno a una actitud de una persona en libertad de someterse a los requerimientos del Órgano Jurisdiccional o del Ministerio Público, a más que ello se corrobora con esta misma circunstancia de presentar una constancia domiciliaria recabada de un Juez que no es competente; por ende lo razonable que una persona puede hacer, es evitar solicitar un certificado a un funcionario que no tiene competencia territorial para estos efectos, situación ésta que también coadyuva a este razonamiento del Juggador, de que el imputado en realidad no demuestra hasta el momento un comportamiento sincero y sujeto al ordenamiento jurídico en cuanto a la información que pueda brindar.

En el extremo familiar, el arraigo familiar implica la obligación natural y la obligación legal de cumplir con los deberes que se tiene a la carga familiar y se concuerda con el Ministerio Público de que arraigo no se condice con la sola presentación de una partida de nacimiento o una partida de matrimonio, sino a establecer que en efecto una persona convive con las personas de quienes dice tener responsabilidad de sostenerlas; en el caso concreto, analizando en conjunto los documentos que ha presentado el imputado, no se señala en mínimo que en el domicilio de su tía también viva conjuntamente con su menor hija y con la madre de su menor hija, que hubiera sido lo que comúnmente y espontáneamente hubiere salido a relucir, contrariamente también puede implicar darle un sentido de que el imputado no estaría viviendo con su menor hija y con la madre de su menor hija, menos existe algún documento de que esté cumpliendo con su responsabilidad de padre, toda vez de que a una persona no se le puede obligar a vivir con la madre de sus hijos, quien sabe por diversas razones; empero si el cumplimiento frente a ellos en torno a sus obligaciones; al respecto no existe documento que así lo pueda estimar el Juggador; no está demás señalar que en torno al arraigo familiar, esta circular de la Presidencia del Poder Judicial señala que no se puede tomar a priori la sola expresión de éste arraigo familiar y que en todo caso la expresión "existencia o inexistencia de arraigo", en realidad sería un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental y eso es lo que se está haciendo en este acto por parte del Juggador; por ende concluye esta circular, de que no se puede sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarte la prisión preventiva; en tal análisis, el Juggador concluye de que no siendo presupuestos propiamente de la prisión preventiva los denominados arraigo familiar, laboral y domiciliario sino simplemente tipologías referenciales de apreciación razonada que se le impone al Juez lo que se ha cumplido, es que no podríamos sostener que estemos ante elementos de convicción referidos propiamente al hecho materia de investigación, porque el arraigo familiar, domiciliario y laboral, no son elementos de convicción en torno al hecho que se busca esclarecer; contrariamente se mantienen los elementos de convicción y como tal no se cumple el presupuesto expreso a que nos sujeta el artículo 283° de que la cesación de prisión preventiva procede cuando nuevos elementos de convicción demuestren - nótese que este texto es imperativo - que no concurren los motivos que determinaron su imposición; por ende estos documentos a fin de acreditar los arraigos así se hubieran estimado procedentes, no permiten desvirtuar los elementos de convicción en torno al hecho ilícito y la vinculación del imputado con ese hecho ilícito. Por estas consideraciones y estando a las normas acotadas el Juez del Primer Juggado de Investigación Preparatoria de Puno,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARANDO INFUNDADO el pedido de **CESACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA** formulado por el imputado DENIS JOSÉ VÁSQUEZ FIGUEROA; DEJANDO A SALVO su derecho de hacerlo en cuanto lo estime conveniente.

SEGUNDO.- DÉJESE PRECISADO que continúan los efectos de la prisión preventiva dictada en su oportunidad.

Medidas Limitativas

SUBCAPÍTULO II

SOLICITUD Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL FUERA DE LOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO O DE PELIGRO INMINENTE DE SU PERPETRACIÓN

"[...] El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que las medidas que limitan derechos fundamentales -como en el caso solicitado- salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por autoridad judicial [el Juez] en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley [...]".

"[...] Se autorizó la videovigilancia originalmente por cinco días contados a partir del 15 de setiembre de 2011, resultando insuficiente el tiempo establecido ante la ausencia de elementos de convicción suficientes que vinculen a los agentes con la actividad criminal atribuida [...] logrando registrarse imágenes que hacen presumir que en dichos inmuebles se estaría comercializando drogas puesto que se ven distintas personas que se encargan de la atención a los presuntos clientes, cuyas identidades se ignora, concretizándose la transacción ilícita, retirándose raudamente los aparentes consumidores[...] Por lo que resulta necesaria la autorización judicial para la actuación de la diligencia de allanamiento, descerraje, registro con fines de incautación, detención y registro personal las personas presentes o que lleguen al referido inmueble a fin de hallar especies u otras evidencias que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso. La diligencia que solicitan se realizará en un término de 24 horas".

Base Legal: Const.: Art. 2.9º; CP: Arts. 296º, 298º; NCPP: Arts. VI, 214.1º y 214.2º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA TRANSITORIO DE HUAURA**

EXPEDIENTE : 02137-2011-56-1308-JR-PE-01
JUEZ : JULIO ERNESTO TEJADA AGUIRRE
MINISTERIO PÚBLICO : PRIMER DESPACHO DE INVESTIGACIÓN
IMPUTADO : CHANGANA GARCIA EDITH
AGRAVIADO : LA SOCIEDAD – EL ESTADO
ESPECIALISTA : MIRABAL VERAMENDI, BINET
DELITO : TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Resolución N° Uno
Huacho, seis de octubre
Del año dos mil once

I. ASUNTO

Determinar si debo autorizar al Ministerio Público, el allanamiento, descerraje, y registro domiciliario.

II. ANTECEDENTES

2.1 Sostiene el ministerio público, que mediante informe policial N° 72-2011, el jefe del departamento anti-drogas comandante PNP Efrén Hugo Chávez Balletto, comunica a este despacho fiscal, que por acciones de inteligencia se tiene conocimiento que la ciudadana Edith Changana García, viene realizando actividades ilícitas de comercialización de drogas; en el inmueble ubicado en la Av. Hualmay N° 698 Hualmay habilitado como casa negocio en su primer nivel que lleva por nombre "YULEIDITH", fachada empleada para encubrir su real condición expendio de estupefacientes, cuyas características externas son: dos plantas de construcción de material noble, el primer piso esta enlucido, es de color verde con blanco con puerta de fierro color blanco situado en la parte posterior del mencionado domicilio que se conecta con el segundo inmueble ubicado en el pasaje CEPRUI- HUALMAY, lugar en el que se depositaría la droga que posee una ventana grande de fierro y vidrios, lugar en el que se ha instalado un teléfono público, con puerta de fierro color blanco, siendo que en su parte posterior una de las ventanas está levantada con material de triplay de madera y esteras techado con guayaquil, mientras que en el segundo piso se encuentra semi construido de material noble sin enlucir, varillas de fierro que sobresalen, donde presenta cinco ventanas, en cuya parte frontal cuelga un aviso publicitario semi roto de color blanco con azul; medio empleado para abastecer drogas atentatorios contra la salud pública, motivo por el cual se autoriza a la policía nacional del Perú realice la labor de videovigilancia por los alrededores de los predios antes descritos.

2.2 Que se autorizó la videovigilancia originalmente por cinco días contados a partir del 15 de setiembre de

2011, resultando insuficiente el tiempo establecido ante la ausencia de elementos de convicción suficientes que vinculen a los agentes con la actividad criminal atribuida, extendiéndose el plazo por 05 días más, contados a partir del 27 de setiembre de 2011, logrando registrarse imágenes que hacen presumir que en dichos inmuebles se estaría comercializando drogas puesto que se ven distintas personas que se encargan de la atención a los presuntos clientes, cuyas identidades se ignora, concretizándose la transacción ilícita, retirándose raudamente los aparentes consumidores, conforme se aprecia en el mencionado video y se han transcrito en el acta de lectura de registro de imágenes y video de fecha 04 de octubre del 2011. Por lo que resulta necesaria la autorización judicial para la actuación de la diligencia de allanamiento, descerraje, registro con fines de incautación, detención y registro personal las personas presentes o que lleguen al referido inmueble a fin de hallar especies u otras evidencias que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso. La diligencia que solicitan se realizará en un término de 24 horas.

III. DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

A efectos de acreditar la necesidad de efectuar la medida solicitada, el ministerio público presenta:

- Oficio N° 690-2011-VII-DIRTEPOL-LN/DIVTER-N-04-H/DEPANDRO de fecha 23 de setiembre de 2011.
- Disposición fiscal N° 01 de fecha 15-09-2011, mediante el cual se autoriza a DEPANDRO PNP Huacho, la realización de una videovigilancia de los lugares requeridos.
- Informe policial N° 72-2011-VII-DIRTEPOL-LN/DIVTER-N-04-H-DEPANDRO de fecha 23/09/2011.
- Acta de lectura de registro de imágenes de video de fecha 22/09/2011.
- Disposición fiscal N° 02 de fecha 27/09/2011, mediante la cual se autoriza la ampliación del plazo para realizar la videovigilancia a efectos de acopiar elementos de convicción suficientes sobre la comisión del delito en investigación y la responsabilidad penal de sus agentes.
- Oficio N 708-2011-VII-DIRTEPOL-LN/DIVTR-N-4-H/DEPANDRO de fecha 05 de octubre de 2011 - Acta de lectura de registro de imágenes de video de fecha 04/10/2011

IV. DE LOS FUNDAMENTOS PRIMARIOS Y SECUNDARIOS

4.1 El derecho a la inviolabilidad de domicilio se encuentra reconocido constitucionalmente en el artículo 2º, inciso 9, de la Ley Fundamental, el mismo que a la letra dice:

“ Toda persona tiene derecho:
(...)

A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

La definición constitucional de domicilio no puede ser entendida en los mismos términos que el Código Civil ha regulado esta institución. Como dice Bidart Campos, en el Derecho Constitucional el domicilio es entendido como la “morada destinada a la habitación y al desenvolvimiento de la libertad personal en lo concerniente a la vida privada, ya sea cerrada o abierta parcialmente, móvil o inmóvil, de uso permanente o transitorio”¹. Es decir, la institución del domicilio en términos constitucionales debe ser entendida de manera amplia; por ejemplo, la habitación de un hotel constituye domicilio, la oficina particular donde una persona ejerce su profesión debe ser entendida como domicilio.

4.2 Por otro lado, el Tribunal Constitucional en el caso Bazán con la Corte Superior de Justicia de Cañete (2008), ha señalado, que coadyuvan a la configuración del citado domicilio constitucional algunos elementos, a saber:

- i) El Elemento Físico: El domicilio es el espacio en el cual la persona vive sin estar sujeta a condiciones de comportamiento y en el cual ejerce su libertad más íntima.
- ii) El Elemento Psicológico: Supone la intención personal de habitar un lugar como morada, sea de manera permanente o de manera transitoria, aun cuando dicho lugar no reúna las condiciones mínimas para ello. Según la concepción del domicilio constitucional se exige habitación, pero no necesariamente ésta debe estar caracterizada por la continuidad.

¹ Bidart Campos, Germán (1966) Derecho Constitucional. Buenos Aires, Ediar, Tomo II, p. 276.

iii) El Elemento Autoprotector: Está referido a la exclusión de terceros del lugar destinado a la morada.

4.3 Ahora bien, nuestra Constitución ha tutelado el derecho individual que tiene toda persona a la “libertad de domicilio” a través de la garantía de “inviolabilidad” y, en ese sentido, ha establecido que los terceros, sean particulares o agentes públicos, en principio, están prohibidos de penetrar el ámbito domiciliario donde habita una persona, salvo que medie el consentimiento de ésta, exista una autorización judicial, se haya configurado una situación de flagrancia delictiva o el peligro inminente de la perpetración de un hecho ilícito sea una realidad. Asimismo, la norma constitucional ha regulado dos supuestos de entrada legítima, como son las razones de sanidad o de grave riesgo.

- El ingreso al domicilio con el consentimiento del titular del derecho: este hecho constituye un supuesto de entrada legítima en términos constitucionales.

- La autorización judicial que habilita al agente público para ingresar al domicilio: la Constitución es clara cuando establece como requisito sine qua non para el ingreso a un domicilio –a efectos de realizar actividades investigatorias– la existencia de un mandato judicial, el mismo que se entiende tiene que estar debidamente motivado y su procedencia debe obedecer a un acto jurisdiccional regular.

- Frente a la existencia del delito flagrante: el agente público queda plenamente legitimado para ingresar al domicilio si es que su intervención se convierte en necesaria para impedir la consumación del ilícito penal, la fuga del delincuente o la desaparición de los instrumentos que facilitaron la concreción del acto delictivo.

- El peligro inminente de la perpetración de un delito: si es que se tiene el conocimiento fundado, la certeza clara y manifiesta de la comisión inminente de un delito, se configura otra excepción a la inviolabilidad de domicilio y en consecuencia el agente público puede operar libremente.

- Las razones de sanidad o grave riesgo: la Constitución ha dejado en manos del legislador la regulación de estas dos excepciones que legitiman la entrada a cualquier domicilio. Estos dos supuestos se fundan en el estado de necesidad o fuerza mayor.

4.4 A su vez las normas secundarias contenidas en el Código Procesal Penal el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que las medidas que limitan derechos fundamentales -como en el caso solicitado- salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por autoridad judicial [el Juez] en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad; Así específicamente en el artículo N° 214 establece: 1. Fuera de los casos de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentren bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto. 2. La solicitud consignará la ubicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados, la finalidad específica del allanamiento, las diligencias a practicar y el tiempo aproximado que durará.

4.5 Que debemos tomar en consideración la opinión de Marchal Escalona, cuando señala que la motivación de la solicitud de allanamiento debe abarcar:

Concreción del hecho investigado, para lo cual será preciso, entender a la gravedad del delito cuantitativamente y cualitativamente. La infracción debe ser de tal entidad que se convierta perse en título suficiente, que aconseje limitar el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.

Necesidad de su práctica, es decir, lo que se pretende obtener no debe ser alcanzable por ningún medio lesivo que el que se propone, ya que si así fuere debe realizarse por aquella otra vía.

Identificación de la persona sospechosa, con indicación cierta del domicilio donde habita.

Indicios racionales que han inducido a tal solicitud. (Marchal, 2003, p.p 157-158)

En el caso que nos ocupa se solicita el allanamiento y descerraje a un domicilio identificado por consideraciones que conllevan a presunciones de primer orden de la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los artículos 296° y 298° del código penal, y que son soportados por las imágenes que contienen actos aparentes de actividad ilegal que atentan contra la salud pública en la modalidad de comercialización de drogas.

V. DECISIÓN

Resuelvo: AUTORIZAR el ALLANAMIENTO con DESCERRAJE, REGISTRO DOMICILIARIO, DETENCIÓN DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS e INCAUTACIÓN DE BIENES, de los inmuebles ubicados en la avenida Hualmay N° 698 y el que se conecta con el pasaje CEPRUI-Hualmay (domicilios contiguos), diligencia que se realizará bajo la conducción y responsabilidad del Fiscal Provincial YURI IVAN GARCIA CANO, medida que tendrá una duración máxima de CINCO HORAS pudiendo hacer uso de la fuerza razonable para lograr su cometido, con el auxilio de la Policía Nacional. **NOTIFÍQUESE.**

ALLANAMIENTO:**09****SOLICITUD Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL FUERA DE LOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO O DE PELIGRO INMINENTE DE SU PERPETRACIÓN**

"[...] Nuestra Constitución Política del Perú, consagra la inviolabilidad de domicilio como un derecho fundamental; sin embargo, cierto es también que tal protección encuentra sustento en tanto y en cuanto el titular del domicilio despliegue una conducta acorde al ordenamiento jurídico, mas si por el contrario, despliega conductas que importan un quebrantamiento del orden jurídico, tal derecho puede ser objeto de restricciones".

"[...] Se verifica que el requerimiento efectuado ha cumplido con precisar la ubicación concreta del lugar que será registrado, la finalidad específica del allanamiento, las diligencias a practicar y el tiempo aproximado que durará dicha diligencia y, también quien llevará a cabo la misma".

Base Legal: NCPP: Arts. 202º, 214.1º, 214.2º y 216º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE ZARUMILLA**

EXPEDIENTE	: 2010-133
JUEZ	: OSWALDO VELARDE ABANTO
MINISTERIO PÚBLICO	: SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL DE ZARUMILLA
AFECTADO	: VÍCTOR PÉREZ DÍAZ Y RENÉ OLIVOS DE PÉREZ
ESPECIALISTA	: VÍCTOR ACOSTA
DELITO	: FUNCIONAMIENTO ILEGAL DE CASINOS Y MÁQUINAS TRAGAMONEDAS

Resolución N° Uno
Zarumilla, veintiuno de abril
Del año dos mil diez

AUTOS Y VISTOS; Dado cuenta con el requerimiento fiscal que antecede; y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Que, recurre ante este órgano jurisdiccional el señor fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Zarumilla para solicitar se expida autorización judicial de allanamiento con descerraje y registro domiciliario, así como incautación de bienes que puedan servir como prueba o ser objeto de incautación (tales como máquinas tragamonedas y dinero producto de dicha explotación ilegal), diligencia a realizarse en el inmueble ubicado en avenida República del Perú N° 222 – Mz. N Lote 66 – Aguas Verdes, vivienda de propiedad de Víctor Pérez Díaz y René Olivos De Pérez, inmueble en el que se viene realizando la explotación ilegal de máquinas tragamonedas, administrado por el señor Ángel Esteban Márquez.

SEGUNDO.- Que, como argumentos de su pretensión, expone en esencia, que, existen suficientes elementos de juicio que evidencian que en el inmueble cuyo allanamiento se solicita se realiza la explotación ilegal de máquinas tragamonedas, conducta que constituye el delito de funcionamiento ilegal de casinos y máquinas tragamonedas, tal es el caso de tomas fotográficas que acreditan la ilicitud del funcionamiento y la explotación; haciendo presente que no cuentan con autorización del MINCETUR para dicha actividad.

Precisa el señor Fiscal que, de ampararse la orden, ésta se conceda por el plazo de dos semanas, y que la diligencia misma se autorice por un plazo máximo de diez horas. Por lo que corresponde a este Juzgado analizar la procedencia o no de la petición efectuada.

TERCERO.- Que, si bien nuestra Constitución Política del Perú, consagra la inviolabilidad de domicilio como un derecho fundamental; sin embargo, cierto es también que tal protección encuentra sustento en tanto y en cuanto el titular del domicilio despliegue una conducta acorde al ordenamiento jurídico, mas si por el contrario, despliega conductas que importan un quebrantamiento del orden jurídico, tal derecho puede ser objeto de restricciones.

CUARTO.- Que, en este sentido, nuestro Código Procesal Penal, en su artículo 202º prescribe que "...cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso,

debe procederse conforme a lo dispuesto por la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado..." medidas que, además, deberán disponerse con arreglo a los principios de proporcionalidad y siempre que existan suficientes elementos de convicción que la sustenten y hagan necesaria su disposición.

QUINTO.- Que, asimismo, el artículo 214° del Código Procesal Penal prescribe que, fuera de los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro de una casa habitación, casa de negocio, en cualquier lugar cerrado, siempre que existen motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación y, sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a dichos recintos. Es decir, la norma procesal exige dos presupuestos claramente definidos para la procedencia de medidas como la mencionada, por un lado, indicios sobre la comisión de un delito con la existencia de bienes delictivos; y, por otro lado, que sea previsible la negativa de acceso al inmueble donde se encuentren con fines de registro.

SEXTO.- Que, ahora bien, en la solicitud materia de calificación se argumenta motivos razonables para justificar la medida solicitada, siendo que, de los recaudos que se anexan a la misma se verifica la existencia de tomas fotográficas que evidencian razonablemente el desarrollo de la actividad de casino, la existencia de las máquinas tragamonedas, la ubicación precisa del inmueble donde opera el negocio, así como la carencia de autorización para el funcionamiento de dicho tragamonedas; es decir, se encuentra evidenciado razonablemente la comisión de un delito, en este caso, el delito contra el orden económico, en la modalidad de Funcionamiento Ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas. Además, se considera previsible que el propietario, administrador, guardián u otra persona que se encuentre a cargo del bien inmueble no solo niegue el acceso al inmueble, sino, hasta se opongan y traten de impedir su realización, de allí que resulte necesario autorizar el allanamiento, teniendo en cuenta, además, que la información que se obtenga como producto de dicho registro es de suma utilidad a los fines de la investigación preliminar iniciada por el Ministerio Público, según copias de la disposición que adjunta.

SÉTIMO.- Que, finalmente se verifica que el requerimiento efectuado ha cumplido con precisar la ubicación concreta del lugar que será registrado, la finalidad específica del allanamiento, las diligencias a practicar y el tiempo aproximado que durará dicha la diligencia y, también quien llevará a cabo la misma, por lo que, en tal caso se ha dado cumplimiento a la exigencia normativa prevista en el inciso 2 del artículo 214° del nuevo Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones, con la facultad conferida por la Constitución Política del Perú y las normas procesales antes citadas, **SE RESUELVE:**

1.- DECLARAR FUNDADO el requerimiento efectuado por el señor representante del Ministerio Público mediante requerimiento que se provee; en consecuencia:

2.- AUTORIZAR EL ALLANAMIENTO Y REGISTRO DOMICILIARIO, del inmueble ubicado en avenida República del Perú N° 222 – Mz. N Lote 66 – Aguas Verdes – Zarumilla – Tumbes; inmueble de propiedad de Víctor PÉREZ DÍAZ y René OLIVOS DE PÉREZ; quedando facultado para efectuar el descerraje de ser necesario.

3.- PRECISAR que la mencionada diligencia será dirigida por el señor Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Zarumilla, doctor Henry James CASTRO APOLAYA; y, con la finalidad de efectuar la incautación de bienes (tales como máquinas tragamonedas y dinero producto de la explotación ilegal), u otros que puedan servir como prueba o ser objeto de incautación, con motivo de la investigación iniciada por el Ministerio Público. Diligencia que deberá llevarse a cabo respetando los derechos de las personas que se encuentren en el inmueble a registrar, conforme a lo prescrito por el artículo 216° del Código Procesal Penal.

4.- PRECISAR que la presente autorización caducará indefectiblemente a las dos semanas computadas a partir de la fecha; y que, una vez iniciada la diligencia, ésta no deberá exceder de diez horas de duración, debiendo el señor Fiscal levantar el acta correspondiente.

5.- PRECISAR que, quienes se opongan, obstaculicen o de una u otra manera impidan la ejecución de la diligencia autorizada, serán denunciados por los delitos de desobediencia, violencia o resistencia a la autoridad.

10

ALLANAMIENTO: SOLICITUD DE CONFIRMATORIA JUDICIAL EN CASOS DE FLAGRANTE DELITO O DE PELIGRO INMINENTE DE SU PERPETRACIÓN

"[...] Circunstancias todas éstas que se dan en flagrancia delictiva, al existir una intervención y sindicación previa al allanamiento, que es corroborada con lo hallado en el inmueble. Por consiguiente, verificándose la relación causal entre los supuestos fácticos y jurídicos, corresponde calificar positivamente la solicitud del representante del Ministerio Público, respecto del ALLANAMIENTO pues la conducta del investigado se encuentra subsumida en el parágrafo "a" del inciso 1 del artículo 214° del Código Procesal Penal".

[...] Respecto de la incautación también solicitada, [...] cuando dicho acto procesal ha sido realizado sin autorización previa del juez, para verificar que se han dado circunstancias de flagrancia o concurra peligro inminente de su perpetración o peligro en la demora; siendo que al juez de garantías le cabe el control posterior para verificar dichas circunstancias, la no violación de derechos fundamentales -como lo pueden ser el de la intimidad personal o domiciliaria, a la propiedad, etcétera".

Base Legal: CP: Art. 296°; NCPP: Arts. 214.1°, 218.2°, 316°, 317°

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO

EXPEDIENTE	: 1592-2011
JUEZ	: DR. CARLOS MERINO SALAZAR
IMPUTADO	: WILMER ANTONIO CASTILLO CENAS
AGRAVIADO	: EL ESTADO
ESPECIALISTA	: ROXANA REBAZA LEÓN
DELITO	: TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Resolución N° Dos Trujillo, catorce de abril Del año dos mil once

AUTOS Y VISTOS.- el requerimiento fiscal de **CONFIRMATORIA DE ALLANAMIENTO** en el inmueble sito Manzana "N" Lote 21-A del Asentamiento Humano Víctor Raúl en el distrito de Laredo; además de la **INCAUTACIÓN** de: 1.- Droga con el peso bruto de 118.40 gramos de cannabis sativa a la persona de Gloria Vanesa Contreras Flores y 21.40 gramos de la misma droga a la persona de Wilmer Antonio Castillo Cenas, 2.- 01 Televisor color plomo, marca RCA de 24" con número de serie F285DA2ED, pantalla plana; 3.- 01 televisor color plomo, marca Hemerson de 21", con serie RO6770381, pantalla plana; 4.- 01 televisor color plomo, marca clasic, de 14", pantalla ovalada con número de serie enmendado; 5.- 01 equipo de sonido color plomo y negro, marca Phillips, con número de serie FWM377155; 6.- 01 parlante color plomo/negro, marca Phillips, con número de serie EO702707; y 7.- 01 parlante color plomo, marca Pionner, con serie enmendada; solicita por Fiscal de Drogas de Trujillo; **Y CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- El allanamiento es una medida coercitiva prevista en el artículo 214° del Código Procesal Penal, donde se precisa que, fuera de los casos de flagrancia delictiva o de peligro inminente de perpetración del mismo y cuando existen motivos razonables para considerar que se oculta al imputado, persona evadida, o que se encuentren bienes delictivos, o cosas relevantes para la investigación, se puede solicitar el allanamiento y registro domiciliario de lugares o inmuebles cerrados, precisando la dirección exacta; y siempre que sea previsible que le será negado el acceso.

SEGUNDO.- Que, del análisis del Requerimiento Fiscal y recaudos que se adjuntan, se colige la presencia de los requisitos exigidos por la normatividad invocada, donde el ministerio público ha narrado circunstancias del delito de Tráfico Ilícito De Droga, el mismo que no ha precisado pero que están tratados en el código sustantivo a partir de los artículos 296° y siguientes, los cuales están sancionados efectivamente con pena privativa de libertad.

TERCERO.- Que, además y respecto de la incautación también solicitada, debemos señalar que la confirmatoria judicial de incautación está prevista en la última parte del inciso segundo del artículo 218° y reafirmada en el artículo 317.1° del Código Procesal Penal, cuando dicho acto procesal ha sido realizado sin autorización previa del juez, para verificar que se han dado circunstancias de flagrancia o concurra peligro inminente

de su perpetración o peligro en la demora; siendo que al juez de garantías le cabe el control posterior para verificar dichas circunstancias, la no violación de derechos fundamentales -como lo pueden ser el de la intimidad personal o domiciliaria, a la propiedad, etcétera-. La incautación siempre requiere de una orden judicial sea antes o después de ella. En el primer caso, es un pre requisito y en el segundo es una subsanación del primero. Por ello es que se requiere además, que la confirmación judicial sea requerida inmediatamente, sin que medie solución de continuidad entre el acto incautatorio y la solicitud de confirmación.-

CUARTO: Que, la incautación propiamente dicha, puede ser: INSTRUMENTAL, al buscar pruebas y restringir derechos, circunstancia en la cual su función es conservativa, de aseguramiento de las fuentes de prueba material; y luego su función será probatoria, pues en el juicio oral tendrá esa función (218° al 233° NCPP). Y, CAUTELAR, como medida de coerción, donde su función es la de prevenir el ocultamiento de los bienes de potencial decomiso y de impedimento de la averiguación de la verdad, conforme meridianamente lo ha fijado el Acuerdo número cinco, del VI Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del año 2010 (316.1 NCPP). Pues bien, a verificar ello también debe estar dirigida la función garantizadora del Juez de la Investigación Preparatoria.

QUINTO.- Que, en ese contexto, también debe tomarse en cuenta lo previsto en el artículo 316° del Código Procesal Penal (incautación cautelar), para valorar los bienes incautables y discernir entre cuerpo del delito, cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento, los efectos del delito, los instrumentos del delito y los objetos del delito. Criterios todos ellos que está judicatura valorará en conjunto para aprobar o no, confirmar o no la incautación realizada previamente a la disposición judicial que la autorice.

SEXTO.- Como elementos de convicción de la presente solicitud se cuenta con el acta de intervención policial, acta de registro domiciliario e incautación de droga, Prueba de Orientación y Descarte de droga y acta lacrada de droga.

SÉTIMO.- Que en este orden de ideas, del estudio y análisis del requerimiento fiscal y recaudos que se acompañan, se colige la existencia de motivación suficiente y razonable para considerar la existencia de una natural resistencia al ingreso al inmueble y la entrega de los bienes que puedan ser constitutivos de delito; existe por tanto: a) la proporcionalidad, por perseguir la pretensión de delito, b) subsidiaridad, en razón a no existir, por ahora, otro medio de investigación menos dañoso para proseguir con la investigación preliminar, y c) razonabilidad, referido a la motivación para concluir que la medida va a ser útil y cumplirá con la finalidad de descubrir o comprobar un hecho o circunstancia importante para el fin del proceso, existiendo peligro de ocultamiento por la conducta descrita de los investigados u de otros que pudieran identificarse posteriormente al momento de la intervención que se solicita. Circunstancias todas éstas que se dan en flagrancia delictiva, al existir una intervención y sindicación previa al allanamiento, que es corroborada con lo hallado en el inmueble; Por consiguiente, verificándose la relación causal entre los supuestos fácticos y jurídicos, corresponde calificar positivamente la solicitud del representante del Ministerio Público, respecto del ALLANAMIENTO pues la conducta del investigado se encuentra subsumida en el parágrafo "a" del inciso 1 del artículo 214° del Código Procesal Penal; por lo que, estando a los fundamentos fácticos y circunstancias relevantes jurídicamente motivadoras del comportamiento del investigado y empleando el juicio de valor para el caso en concreto, corresponde proceder con la urgencia que obedece a la naturaleza de estas medidas y confirmar este extremo solicitado.

OCTAVO.- Que, respecto de la incautación, debe indicarse que se colige la presencia de los requisitos exigidos por la normatividad invocada, sin necesidad de la citación a una audiencia para discutir por ejemplo la legalidad de la medida o la afectación a derecho fundamental alguno. En tal contexto, se ha corrido el traslado correspondiente y vencido que ha sido el plazo otorgado para objetar, oponerse o argüir en contra del pronunciamiento jurisdiccional que se pretende, no se ha recepcionado objeción alguna, por lo que procede resolverse. Así, se pretende la incautación de: droga, específicamente: cannabis sativa, en dos grupos de 118.40 gramos y 21.40 gramos, además de 06 bienes muebles entre televisores y equipos de sonido (equipo y parlantes). Bienes que habrían sido incautados en circunstancias en que los investigados son intervenidos por personal policial a las 20:35 horas del 28 de Marzo del 2011, por personal de la comisaria de Laredo; primero, al investigado Castillo Cenas y luego a la investigada Contreras Flores en el domicilio allanado de la manzana "N", lote 21-A del asentamiento humano Víctor Raúl del distrito de Laredo, donde se habrían encontrado los bienes, por lo que procede el ente requirente a investigarlos por el delito de Tráfico Ilícito De Droga, al haberse encontrado en su poder hierba con olor y características a cannabis sativa (marihuana). Verificándose indicios de la existencia de delito contra la salud pública de Tráfico Ilícito De Droga, que merece ser investigado incautándose la droga señalada.

NOVENO.- Que, sin embargo, ni en el fundamento del requerimiento respecto a la confirmatoria del allanamiento, ni en el de la confirmatoria de la incautación y, menos, en el sustento del delito materia de investigación, sustenta el Ministerio Público, las razones por las cuales se ha procedido a incautar los bienes consistentes en: 01 Televisor color plomo, marca RCA de 24" con número de serie F285DA2ED, pantalla plana; 01 televisor color plomo, marca Hemerson de 21", con serie RO6770381, pantalla plana; 01 televisor color plomo, marca clasic, de 14", pantalla ovalada con número de serie enmendado; 01 equipo de sonido color plomo y negro, marca Phillips, con número de serie FWM377155; 01 parlante color plomo/negro, marca Phillips, con número de serie EO702707; y 01 parlante color plomo, marca Pionner, con serie enmendada. Efectivamente, el Ministerio Público requiere la confirmatoria de este extremo de su actuación (o de la policía nacional) pero no justifica cuáles son las razones por las que considera necesario ello, estando a la naturaleza del delito que está investigando (TID); menos advierte indicios de que los mismos sean consecuencia o adquiridos con el producto del delito que indaga; y peor aún precisa que la intervenida no haya justificado documentalmente la propiedad o posesión de dichos bienes; por lo tanto el que se haya incautado los mismos sin razón que la justifique es evidentemente un exceso que atenta contra el derecho a la propiedad de las personas, por lo que esta judicatura, como juez de garantía, no puede avalar dicha conducta, deviniendo dicho extremo en infundado ¹, dejando sin efecto dicho acto policial fiscal y disponiendo su devolución a quien corresponda o, si ello no pudiera verificarse, en el inmueble de donde se extrajo indebida e ilegalmente los mismos.

Por estos fundamentos: en observancia de los artículos 214° y 316° del Código Procesal Penal: **SE RESUELVE: DECLARAR:**

FUNDADO EN PARTE el Requerimiento Fiscal de **ALLANAMIENTO** en el inmueble sito en la Manzana "N" Lote 21-A del Asentamiento Humano Víctor Raúl en el distrito de Laredo; además de la **INCAUTACIÓN** de: 1.- Droga con el peso bruto de 118.40 gramos de cannabis sativa a la persona de Gloria Vanesa Contreras Flores y 21.40 gramos de la misma droga a la persona de Wilmer Antonio Castillo Cenas;

INFUNDADA LA INCAUTACIÓN respecto de los bienes: 1.- 01 Televisor color plomo, marca RCA de 24" con número de serie F285DA2ED, pantalla plana; 2.- 01 televisor color plomo, marca Hemerson de 21", con serie RO6770381, pantalla plana; 3.- 01 televisor color plomo, marca clasic, de 14", pantalla ovalada con número de serie enmendado; 4.- 01 equipo de sonido color plomo y negro, marca Phillips, con número de serie FWM377155; 5.- 01 parlante color plomo/negro, marca Phillips, con número de serie EO702707; y 6.- 01 parlante color plomo, marca Pionner, con serie enmendada;

SE DISPONE: la devolución o entrega de los citados bienes a su propietario o al inmueble del cual fuera incautado.

¹ No se ha expresado razón o fundamento suficiente que permita evaluar y admitir dicha medida.

EXAMEN CORPORAL DEL IMPUTADO:**SOLICITUD DE CONFIRMATORIA EN CASOS DE URGENCIA O PELIGRO POR LA DEMORA**

"[...]Se advierte, que en este caso concreto las actuaciones tanto de la Policía así como del Ministerio Público estuvieron orientadas a obtener elementos de prueba respecto a la comisión de un delito, como es el de conducir vehículo en estado de ebriedad; por lo que, dadas las especiales circunstancias del caso concreto, como es el hecho que el transcurso del tiempo hace que se borren las evidencias, como es el contenido de alcohol en la sangre del intervenido, hicieron urgente e impostergable la intervención policial y la obtención de la muestra sanguínea con tal finalidad".

Base Legal: CP: Art. 274º; NCPP: Arts. 202º, 211.3º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE ZARUMILLA**

EXPEDIENTE	: 2010-201-01-JIPZ-CSJT/PJ
JUEZ	: OSWALDO VELARDE ABANTO
MINISTERIO PÚBLICO	: SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE ZARUMILLA
IMPUTADO	: ZOSIMO GUILLERMO HUERTAS TOSCANO
AGRAVIADO	: LA SOCIEDAD
ESPECIALISTA	: FABY MERCADO SANDOVAL
ESPEC. DE AUDIENCIAS	: VÍCTOR ODAR BARRETO
DELITO	: CONDUCCIÓN DE VEHÍCULO EN ESTADO DE EBRIEDAD

Resolución N° Uno

Zarumilla, dieciséis de junio

Del año dos mil diez

AUTOS Y VISTOS: Dado cuenta con el requerimiento fiscal que antecede y documentos que adjunta; **AGREGUESE** a los Autos; y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, recurre a esta instancia judicial la representante de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Zarumilla, solicitando se expida resolución judicial confirmatoria respecto del examen corporal para la extracción de muestras de sangre para dosaje etílico a la persona de Zoísmo Guillermo Huertas Toscano, en la investigación seguida contra el antes mencionado por la presunta comisión del delito de peligro común, conducción de vehículo en estado de ebriedad.

Segundo.- Que, como fundamentos fácticos de su pretensión, señala que siendo las seis de la tarde con veintidós minutos, aproximadamente del día catorce de junio del año dos mil diez, el ciudadano Zosimo Guillermo Huamán Toscazo, conducía un vehículo marca SU, color azul, sin placa de rodaje, en evidente estado de ebriedad, lo que motivó su intervención por parte de personal de la Policía Nacional del Perú - Comisaría PNP de Aguas Verdes, y una vez comunicado el hecho al Ministerio Público, se ha dispuesto que de modo inmediato se recabe las muestras de dosaje etílico, por parte de la oficina de Sanidad de Tumbes. Que el mencionado intervenido no ha permitido se le extraiga la muestra de sangre respectiva, por lo que el personal policial se negó extraer dicha muestra, circunstancia que motivó para que se dispusiera que personal de la División de Medicina Legal de Tumbes, recabará la muestra de sangre para el dosaje etílico, de lo cual expedirá el resultado oportunamente. Como fundamentos jurídicos, precisa el artículo 274º del Código Penal, que tipifica el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad; y, el artículo 211º, inciso 3 del Código Procesal Penal, que faculta a realizar el examen en caso de urgencia o haya peligro en la demora.

Tercero.- Que, el artículo 202º del Código Procesal Penal prescribe que "...Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado..."; dispositivo legal que debe analizarse teniendo en cuenta el artículo 211º, (sobre examen corporal al imputado, aún sin el consentimiento de éste, como pruebas de análisis sanguíneos y otros, los que deben practicarse por un médico o un profesional especializado; y, más específicamente el inciso 3) del citado artículo, en cuanto prescribe que "...El Fiscal podrá ordenar la realización de ese examen si hay urgencia o peligro en la demora, y, no puede esperar la orden judicial. En ese caso, el fiscal instará inmediatamente la confirmación judicial...".

Cuarto.- Que, de la revisión de los recaudos que se adjuntan al requerimiento fiscal, se advierte, que en este caso concreto las actuaciones tanto de la Policía así como del Ministerio Público estuvieron orientadas a obtener elementos de prueba respecto a la comisión de un delito, como es el de conducir vehículo en estado de ebriedad; por lo que, dadas las especiales circunstancias del caso concreto, como es el hecho que el transcurso del tiempo hace que se borren las evidencias, como es el contenido de alcohol en la sangre del intervenido, hicieron urgente e impostergable la intervención policial y la obtención de la muestra sanguínea con tal finalidad, actuación que se funda, además, en la actitud renuente del investigado a realizarse de modo voluntario la prueba respectiva.

Por estas consideraciones y, de conformidad con las normas procesales antes citadas, **SE RESUELVE:**

1.- DECLARAR FUNDADO el requerimiento efectuado por la señorita Fiscal Rocío Balbín Mueras, mediante escrito que se da cuenta.

2.- APROBAR EL PROCEDIMIENTO utilizado y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la extracción de muestras de sangre con fines de dosaje etílico, efectuada por personal de la División Médico Legal, a la persona de Zósimo Guillermo Huertas Toscazo, con fecha catorce de junio del año dos mil diez. **Notifíquese** conforme a Ley.

INCAUTACIÓN:
IMPROCEDENCIA DEL REEXAMEN DE INCAUTACIÓN ANTE LA NO VARIACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS INICIALES QUE DETERMINARON SU IMPOSICIÓN

"[...] En torno a la variación de los presupuestos que se contienen en el literal a) del artículo 319°, en realidad no han variado [...] manteniéndose los iniciales que han ameritado la confirmación de la incautación y por ende no resulta cierto que no se tengan por el momento suficientes elementos de convicción en torno a que el vehículo incautado con placa RU-9639 pueda resultar un bien [...] con una razonable probabilidad de un comiso definitivo por parte del Estado Peruano; en consecuencia el Juggador considera que dada estas circunstancias no es posible estimar el pedido de reexamen con fines de devolución del bien incautado; dejando a salvo para que esta petición lo puedan hacer valer una vez se tengan elementos de convicción que reviertan estas circunstancias y presupuestos que aún se mantienen en torno a la decisión de confirmación de incautación[...]".

Base Legal: CC: Arts. 2013°, 2014°; NCPP: Arts. 218°, 316°, 319.a, 319.b

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE PUNO**

EXPEDIENTE	: 00620-2011-22-2101-JR-PE-01
JUEZ	: VÍCTOR CALIZAYA COILA
IMPUTADO	: ANA AURELIA VILCA GALLEGOS Y OTROS
AGRAVIADO	: ESTADO PERUANO (SUNAT – ADUANAS)
ESPECIALISTA DE AUD.	: ZULEMA ALATRISTA VIZCARRA
DELITO	: CONTRABANDO

**Resolución N° Cuatro
Puno, veintitrés de agosto
Del año dos mil once**

OIDOS: Los fundamentos en torno al reexamen de incautación propuesto por Ana Aurelia Vilca Gallegos y atendiendo además a los argumentos vertidos en la absolución conferida por el Ministerio Público y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que el Código Procesal Penal en su artículo 319° ha precisado los presupuestos para el reexamen de incautación de bienes, es así que en su literal a) asume el primer presupuesto en torno a que el reexamen puede ser estimado cuando varíen los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, lo cual, de ser estimada favorablemente implicaría el levantamiento inmediato de esta medida y por ende se entiende también la posibilidad de devolución del bien; el literal b) del artículo 319° establece otro presupuesto en relación al adquirente de buena fe; empero que dicho adquirente de buena fe no haya intervenido en el delito investigado, de igual manera de estimarse positivo este presupuesto implica la devolución del bien.

SEGUNDO.- En el caso concreto la parte solicitante en torno a su pretensión, ha indicado que formula oposición y cuestionamiento a la incautación; el Juggador en función al principio de Iuria Nouit Curia que se contempla dentro de la teoría del proceso y específicamente en el Título Preliminar del Código Procesal Civil, estima que en realidad se estaría solicitando el reexamen de la incautación y por ende la finalidad que persigue su pretensión es la devolución del vehículo; por tanto, esta oposición y cuestionamiento resultaría incongruente en cuanto a su proposición, toda vez de que la oposición se generaría frente a un requerimiento del Ministerio Público, por ende, para fines de la decisión judicial se entenderá que en el fondo la pretensión que busca la persona de Ana Aurelia Vilca Gallegos, es la devolución del vehículo a través del reexamen de la medida de incautación; hecha esta precisión se ha aludido por la parte solicitante de que se ha intervenido el vehículo automotor de placa RU-9639 marca Toyota, modelo Hiace año noventa y ocho, el treinta y uno de marzo del dos mil once, aludiendo que el Ministerio Público optó por esa medida restrictiva de derechos en razón de que dos números del motor habían sido corroidos o alterados, asimismo se habría aludido que no se habría pagado el impuesto vehicular de los años dos mil nueve y dos mil diez, alude además que es una adquirente de buena fe, específicamente cuarta adquirente, tomando en cuenta que la persona de Segundo Ticona Enríquez habría sido el primer propietario luego Eloy Tapia Barrantes, posteriormente

Victoriano Poma Checalla y finalmente la solicitante Ana Aurelia Vilca Gallegos; señala que el vehículo se encuentra inmatriculado y que la adquisición la habría realizado de buena fe, alude por otro lado que no se ha aperturado formalmente investigación preliminar y por ende, no puede entenderse como que estuviera comprendida en el delito investigado y además que el Ministerio Público no tendría los suficientes elementos de convicción; a todo ello alude que el Juggado debería tomar en cuenta el principio de Ponderación de Bienes Jurídicos, toda vez que dicho vehículo afectado es una herramienta de trabajo y que viene trayendo consigo consecuencias en torno a diversas necesidades que debe satisfacer la familia de la afectada Ana Aurelia Vilca Gallegos; en cuanto a la buena fe hace alusión a los artículos 2013º y 2014º del Código Civil. Por su parte el Ministerio Público alude que en efecto el vehículo presenta una serie regrabada, asimismo alude que se tendría una tarjeta presuntamente falsa, esto de acorde con las pericias que tendría la investigación preliminar, acepta que la afectada es la cuarta adquiriente además admite que no se estaría evidenciando durante la investigación preliminar algún comportamiento ilícito por parte de la afectada Ana Aurelia Vilca Gallegos; empero ha aclarado de qué relación a este vehículo noventa y seis treinta y nueve, la inscripción habría obedecido a un proceso tramitado ante el Juez de Paz del distrito de Plateria Ladislao Pauro Llutari, el que se habría generado esta inscripción y por ende número de placa RU-9639 y que hechas las verificaciones y recabadas las informaciones en realidad aparecería otro vehículo inscrito en forma anterior con placa Z1-G410 con placa anterior RU-6330 que presenta número de motor y número de serie distinto al vehículo con placa RU-9639.

TERCERO.- Hechos estos alcances acorde a los argumentos expuestos por las partes, el Juggador debe recurrir a que el Acuerdo Plenario 5-2010 de fecha dieciséis de noviembre del dos mil diez, alude a dos formas de incautación: una primera denominada como incautación instrumental referida a que este tipo de incautación se destina a la búsqueda de pruebas y que se contiene en los artículos 218º y siguientes del Código Procesal Penal, por otro lado hace referencia a una incautación de naturaleza cautelar ante la probabilidad de un comiso definitivo del bien incautado y esto acorde al artículo 316º y siguientes del Código Procesal Penal; asimismo cabe aludir que el Juez de Investigación Preparatoria al emitir sus decisiones judiciales también está facultado para esgrimir razonablemente los alcances acorde a las máximas de la experiencia y a hechos de naturaleza pública que resultan evidentes, a fin de corroborar esta decisión; en el caso concreto resulta sustancial para la decisión judicial que es de conocimiento público sobre todo de los operadores jurídicos trasuntados en los jueces penales, de que el Juez de Paz Ladislao Pauro Llutari en realidad estaría inmiscuido en una serie de irregularidades, en cuanto al haber tramitado procesos simulados con la única finalidad de generar inmatriculaciones de vehículos ilegales; es decir, presuntamente ingresados burlando los controles aduaneros y muchos casos de estos vehículos aludidos que fueran sometidos a proceso aparentemente simulado por el referido Juez de Paz se encuentran también en investigación a nivel fiscal, a más de que las circunstancias personales del referido Juez, es que sería una persona no habida y como tal ha asumido un comportamiento que desde ya ha puesto en evidencia de que en efecto el referido Juez habría incurrido en serias irregularidades en torno a ser partícipe de trámites irregulares que desde ya podrían conducirse con la nulidad virtual y la nulidad virtual en materia de ineficacia de actos jurídicos, indica de que cuando un acto jurídico nace muerto nunca tendrá vida, distinto a la ineficacia referente a la anulabilidad a la resolución o a la rescisión que son otras formas de ineficacia que si son subsanables; es decir, actos jurídicos que podríamos decirlo nacen enfermos; pero que pueden ser subsanados con el perfeccionamiento a través de otros actos jurídicos o manifestaciones de voluntad, estos extremos los desarrolla ampliamente el tema de ineficacia de actos jurídicos que se contienen en el Código Civil; por tanto se tiene una situación muy delicada, por supuesto en torno a este vehículo automotor, que mas allá de la adquisición de buena fe, también limita que el Órgano Jurisdiccional pueda avalar posibles actos que desde ya están cuestionados a través de la sola intervención de este Juez de Paz Ladislao Pauro Llutari; en consecuencia, mal podría el Juggador asumir una adquisición de buena fe en torno a un vehículo que desde ya estaría inmerso en torno a su inscripción en posible ineficacia de naturaleza virtual; no obstante ello debe ser determinado en la vía correspondiente y dada estas circunstancias la adquisición de buena fe debería de ser materia de una actividad probatoria direccionada a dicha pretensión, pretensión que desde ya, es de competencia de los Órganos Jurisdiccionales de naturaleza civil, en el que bien las partes afectadas con cualquier incautación podrían hacerse reconocer este derecho, pues el espacio procesal penal no posibilita hacer un análisis de fondo en torno a estos presupuestos, a más que generarían una especie de indefensión en torno a que necesariamente deberían considerarse en estas posibles pretensiones algunas otras instancias estamentales u otras personas a quienes se tendría que direccionar esta pretensión, por ende, el Juggador considera que la adquisición de buena fe no es posible declararla liminarmente en sede penal dada las circunstancias explicadas; en torno a la variación de los presupuestos que se contienen en el literal a) del artículo 319º, en realidad no han variado estos presupuestos siguen manteniéndose los iniciales que han ameritado la confirmación de la incautación y por ende no resulta cierto que no se tengan por el momento suficientes elementos de convic-

ción en torno a que el vehículo incautado con placa RU-9639 pueda resultar un bien que pueda ser sometido finalmente a esta incautación de naturaleza cautelar con una razonable probabilidad de un comiso definitivo por parte del Estado Peruano; en consecuencia el Juezador considera que dada estas circunstancias no es posible estimar el pedido de reexamen con fines de devolución del bien incautado; dejando a salvo para que esta petición lo puedan hacer valer una vez se tengan elementos de convicción que reviertan estas circunstancias y presupuestos que aún se mantienen en torno a la decisión de confirmación de incautación; por estas consideraciones:

SE RESUELVE: POR EL MOMENTO DECLARAR IMPROCEDENTE LA DEVOLUCIÓN DEL BIEN INCAUTADO del vehículo RU-9639, marca Toyota, modelo Hiace, año mil novecientos noventa y ocho y demás datos esgrimidos por las razones expuestas; **DEJANDO A SALVO** el derecho de los peticionantes de hacerlo valer en tanto varíen estas circunstancias; sin perjuicio de que haga valer su derecho de reconocimiento de la adquisición de buena fe ante la vía correspondiente, además sin perjuicio de que si en sede fiscal se estima que han variado estas circunstancias, también el Ministerio Público opte por pedir esta devolución ante el Órgano Jurisdiccional.

INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES Y TELECOMUNICACIONES:**13****PRESUPUESTOS MATERIALES Y PROCESALES PARA SU PROCEDENCIA**

"[...] a. Presupuesto material: Desde este punto de vista jurídico sustantivo la adopción de la intervención telefónica exige que el objeto de la investigación lo constituya un delito grave. El artículo 230.1 del código en comento, limita para aquellos delitos sancionados con pena superior a los cuatro años de privación de la libertad".

"[...] b. Presupuestos procesal: Se requiere que la petición debe realizarse necesariamente dentro de la investigación preparatoria, descartándose su dictado en las diligencias preliminares, de ahí que el artículo 338.4 del Código adjetivo, exija al Fiscal la formalización de la Investigación Preparatoria a efectos de solicitar medidas coercitivas".

[...] Por su parte el juzgado debe tomar en cuenta para dictar una resolución autoritativa de una medida coercitiva, que la medida se sujete a una especial exigencia constitucional de motivación con incidencia en el juicio de ponderación que justifique la limitación del derecho fundamental afectado, además de observar los principios de proporcionalidad (relacionada con la gravedad del delito), idoneidad (útil para alcanzar la finalidad perseguida) y necesidad (si resulta la menos grave entre otras medidas)".

Base Legal: Const.: Art. 2º, CP: Art. 106º; NCPP: Arts. 29º, 230º, 231º, 338.4º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE PUNO**

EXPEDIENTE	: 01470-2010-65-2101-JR-PE-02
JUEZ	: MARÍA CANDELARIA MORALES SEGURA
MINISTERIO PÚBLICO	: SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE PUNO
IMPUTADO	: SUPO CONDORI, PEDRO PABLO
AGRAVIADO	: MENOR DE INICIALES SDLV
ESPECIALISTA	: LENA LEONOR ALZAMORA PEREZ
DELITO	: ASESINATO

Resolución N° Dos
Puno, ocho de junio
Del año dos mil once

VISTOS: El requerimiento fiscal de **CONTROL DE COMUNICACIONES, REPORTE DE LLAMADAS ENTRANTES Y SALIENTES, ADEMÁS DEL DESPLAZAMIENTO DE LAS CELDAS ACTIVAS** de los números telefónicos 950877226, 950010050 y 950862866; medida necesaria para lograr los fines de la investigación preparatoria que sigue la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Puno en la investigación preliminar seguida en contra de Pedro Pablo Supo Condori en agravio de quien en vida fue Sonia Dora Leonardo Vilca, por la presunta comisión del delito de **Contra la vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de HOMICIDIO SIMPLE**. Así como el escrito de subsanación presentado por la Fiscalía antes mencionada, remitiendo los elementos de convicción en copias certificadas.

Que según precisa la Fiscalía solicitante, los elementos fácticos del requerimiento son:

1) Que en fecha 31 de marzo del 2010, comunicaron el hallazgo de restos humanos, encontrados entre la tercera y quinta cuadra del Jr. 9 de octubre - Urbanización Villa el Sol de esta ciudad de Puno; efectuándose por parte del Personal de la Oficina de Criminalística - Puno y el Representante del Ministerio Público, Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Puno, la constatación de la información, encontrándose restos humanos cercenados, consistentes en: (02) dos Brazos humanos, (02) dos muslos humanos, pierna izquierda y vísceras como: Corazón, Estómago y Páncreas, los cuales se encontraban diseminados por diferentes partes de dicho lugar. Dentro de las investigaciones se procedió a realizar la obtención de las huellas dactilares de los dedos de las manos, cumpliéndose con el levantamiento de los restos para su internamiento en la morgue central del Hospital Manuel Núñez Butrón de esta ciudad de Puno, a fin de que se realice la Necropsia de Ley correspondiente, de la cual se obtuvo el Protocolo de Autopsia N° 044-2010, de fecha 01 de abril del 2010, apreciándose que en el punto "Miembros Superiores"; indica: "Extremidades Superiores presentes, fragmentado desde el hombro derecho y tercio superior de brazo izquierdo, que se describirán detalladamente sección lesiones; "Cianosis Distal Ungeal", así mismo concluyo que: "Se realizó la necropsia al cadáver descuartizado en múltiples fragmentos, se encuentra en siete fragmentos corporales de 18 - 24, años de edad aprox. (no se cuenta con segmentos corporales suficientes para determinar la edad

aproximada) de sexo femenino, raza mestiza, con una talla aproximada de 1.50 a 1.56 cm con data de muerte aproximada de 36-60 horas; con lesiones traumáticas descritas anteriormente. CAUSA DE MUERTE: No se puede determinar”.

2) Posteriormente la SEINCRI en fecha 06 de abril del 2010, ponen en conocimiento que en fecha 03 de abril del 2010, se hizo presente ante la Sección de Investigación Criminal de Puno la persona de Jhon Walter Leonardo Vilca, con la finalidad de denunciar la desaparición de su hermana menor de nombre Sonia Dora Leonardo Vilca; indicando que en fecha 30 de marzo del 2010, a horas 06:00 de la mañana aprox., su hermana menor habría salido de su hogar ubicado en el Jr. Villa El Salvador N° 360, Urbanización Jorge Chávez - Juliaca, con la finalidad de buscar un trabajo, pero antes de salir de su domicilio su hermana menor le habría entregado a su hermana María Lidia Leonardo Vilca, un papel donde estaba escrito los números telefónicos: 950-877226 y 950-862865, e indicándole a su vez que se iba a la ciudad de Puno, a fin de trabajar en una Quinta Restaurant y que retornaría en horas de la tarde. A tales fundamentos obtenidos se procedió en realizar las primeras diligencias preliminares; donde se llegó a identificar lo siguiente: Que, los restos humanos que fueron hallados entre la tercera y quinta cuadra del Jr. 9 de octubre - Urbanización Villa el Sol - Puno, luego de practicada la homologación de las huellas dactilares de los dedos de las manos que fueron encontrados son los mismos que pertenecen a la menor desaparecida en fecha 30 de marzo del 2010, Sonia Dora Leonardo Vilca (16), identificada con el certificado de Inscripción de menores de edad N° 00000095-10, RENIEC, DNI N° 70777864, esto de conformidad con el Informe Pericial Dactiloscópico Forense N° 54/2010, el mismo que concluye: “A.- Se ha determinado técnica y científicamente que existe Identidad Dactilar Plena entre la muestra “A” y las muestras “C” y “D”, en consecuencia se colige que la impresión dactilar del dedo índice derecho tomado el 31 de marzo del 2010 al cadáver NN, hallado por inmediaciones de la Tercera y Quinta cuadra del Jr. 9 de octubre del Barrio Villa El Sol de la ciudad de Puno, corresponde al dedo índice derecho de la persona que en vida fue Sonia Dora Leonardo Vilca inscrita en la RENIEC, con D.N.I. N° 70777864”. B.- Del análisis dactilar realizado, se ha establecido técnica y científicamente que (existe identidad dactilar plena), entre la muestra “B y C”, consecuentemente la impresión dactilar del dedo índice izquierdo tomada el 31 de marzo del 2010, al cadáver NN, hallado por inmediaciones de la tercera y quinta cuadra del Jr. 09 de octubre del Barrio Villa El Sol - Puno, corresponde al dedo índice izquierdo de la persona que en vida fue Sonia Dora Leonardo Vilca inscrita en la RENIEC, con DNI N° 70777864, deduciéndose de tal forma que los restos que fueron encontrados por la policía y el Representante del Ministerio Público son los pertenecientes a la menor que habría desaparecido días anteriores de su morada.

3) Posteriormente en fecha 10 de abril del 2010, en horas de la mañana, se tomó conocimiento sobre la existencia de restos humanos, hallados en la intersección de la Av. Simón Bolívar con el Jr. Lacustre, estando constituidos en dicho lugar el Representante del Ministerio Público y Personal Especializado de la OFICRI PNP - PUNO, constatándose en dicho lugar la existencia de restos humanos consistentes en: Un Tórax y parte del pelvis humano, los cuales se encontraban en una caja de cartón con el logo “EQUIMOX ECUADOR”, amarrada con alambre. Luego de las diligencias de ley ordenadas por el Ministerio Público se obtuvo el Protocolo de Necropsia N° 057-2010, el mismo que concluye: “Se realizó la Necropsia de Ley al cadáver descuartizado, que según necropsia N° 044-2010 y la Necropsia N° 057-2010 practicada en el presente, los segmentos corporales encontrados descritos guardan relación macroscópica y corresponden a la misma persona de sexo femenino que en vida fue Sonia Dora Leonardo Vilca de (16) años, según datos identificatorios obtenidos por pericia dactiloscópica Forense N° 54/2010 de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, practicado en los segmentos encontrados en la Necropsia N° 44- NN, se encuentran dos fragmentos que corresponden y continúan uno con otro y que comprenden cintura escapular, extremo proximal de brazo izquierdo, tórax abdomen, pelvis y extremos proximales de ambos huesos fémur. No encontrándose órganos intra torácicos abdominales, en cavidad pélvica se encuentra porción distal de colon sigmoides, vejiga, útero y anexos; con lesiones traumáticas descritas anteriormente; CAUSAS DE MUERTE: No se puede determinar”.

4) De las actuaciones efectuadas por el Ministerio Público dentro de las investigaciones preliminares, se tiene que el señor Juan Carlos Zea Claverías, quien refiere en la pregunta cuatro (fs. 38 carpeta fiscal) lo siguiente “... Quiero Aclarar que yo en ningún momento le brinde mi número celular a la indicada señorita, aclarando que yo si le solicité su número para llamarla y preguntarle si se había puesto de acuerdo con su hermana o no proporcionándome su número por lo que timbre y su celular sonó y efectivamente era su celular, despidiéndonos no habiéndonos visto hasta la fecha...”, y respecto de lo declarado por la persona antes mencionado referida a la pregunta seis obrante a fojas (38) de la cual se desprende lo siguiente “...Que, el día 02 de abril en horas de la tarde me llamo una señora preguntando, si estaba conmigo una señorita, a lo que le respondí que no sorprendido le pregunte por qué señorita, indicando que la señorita había salido de Puno y que le había dejado mi número a la señora que me estaba llamando, indicándole que como podía soltar a su hermana sin conocer a la persona con quien esta yéndose, sin pedirle su DNI, porque a mí la

señorita me dijo que tenía que venir con su hermana, indicándole que el problema era grave y que tenía que venir a Puno para asentar su denuncia en la policía, el día sábado 03 de abril del año 2010, la he vuelto a llamar a la señora que me llamo preguntándome por su hermana, por motivo de que había venido a Puno, Citándonos el sábado 03 de abril a las 08:00 horas, ella iba a venir temprano para hablar conmigo, luego la llame a las 12:00 del mismo día indicándole que me llame a mi celular cuando llegue a puno, sin embargo ni me llamo todo el día...”.

5) De la declaración de la persona de María Lidia Leonardo Vilca referida a la pregunta (04) en la cual la persona antes mencionada señala lo siguiente “... Que, la última vez que vi a mi hermana Sonia Dora Leonardo Vilca (16), fue el martes 30 de marzo del año 201, a horas 06:00 horas. Aprox. en circunstancias que desayunamos, indicándome que se venía a Puno a buscar trabajo solo venía a ver y tenía que regresar por la tarde tenía que comunicarme si se quedaba trabajando haciéndome la entrega de una hojita en donde había dos números telefónicos 950-87226 y 950-862865, para luego retirarse de la casa...”, asimismo con referencia a la pregunta trece de la declaración antes mencionada que obra a fojas (42) de la carpeta fiscal se desprende lo siguiente “...Si el 31 marzo del 2010 a hrs. 21.00 yo he llamado al número 950-877226 y de frente le dije. Señor Juan, me podría comunicar con mi hermana Sonia, a lo que me respondió que no la conocía y que no tenía ningún restaurante, pero después de media hora este señor me llamo diciéndome que podíamos conversar para ayudarnos a encontrar a mi hermana diciéndome que podía ir a Juliaca, a lo que le dije que no se molestara que yo podía ir a Puno solicitándole su dirección, a lo que se negó indicándome que podíamos encontrarnos en la calle, después al día siguiente me volvió a llamar, indicándome que podíamos vernos en horas de la tarde por que en la mañana no podía, en horas de la tarde del 01 de abril me volvió a llamar para preguntarme si ya estaba viniendo a Puno, a lo que le dije sí. UD me dijo que no tenía tiempo, a lo que le dije que me había dicho que no podía por las mañanas y ahora me decía que tampoco podía por las tarde, pensando que se estaba burlando de mí, me preguntaba si venía sola, si ya había aparecido mi hermanita, a lo que no le respondí por el temor de que se trate de un secuestrador...”.

6) De la declaración ampliatoria de María Lidia Leonardo Vilca, se desprende que la mencionada persona, responde lo siguiente a la pregunta tres realizada en la diligencia antes mencionada “... Mi mencionada hermana retorno a las 12:00 hrs. Aprox. Acompañada de un joven de 28 a 30 años, contextura regular, vestía una casaca de cuero color negro, pantalón Jean Azul, con prenda de cabeza color rojo, el mismo que me manifestó que tenía una quinta restaurante en la ciudad de Puno, y que el trabajo que iba a desempeñar mi hermana Sonia Dora era de 08:00 a 08:00 de lunes a viernes y todos los sábados se iba a regresar a Juliaca, para retornar a su trabajo los lunes en las mañanas, indicando que le iba a dar buen trato, y que no desconfié, haciéndome firmar un cuaderno en señal de autorización, comprometiéndose a regresar, que le iba a pagar la suma de S/. 400.00 soles mensuales y que le iba a aumentar el siguiente mes la suma de S/50.00 soles, entregándome un papel con dos números telefónicos para que pueda comunicarme con mi hermanita para luego retirarse solo y mi hermana iba a ir al día siguiente, quiero aclarar que al día siguiente, en horas de la mañana antes de que salga, me percate de que mi hermanita hablaba con alguien por su celular diciendo “ YA VOY A IR, YA ESTOY YENDO, RECIÉN ESTOY SALIENDO”, supongo que era esa persona del día anterior...”.

En relación a la fundamentación para solicitar la medida limitativa de derechos, la fiscalía precisa lo siguiente:

Que, dada las circunstancias y la modalidad en que se cometió el delito de HOMICIDIO tal y como se encuentra detallado en la primera parte de los fundamentos que sustentan el presente requerimientos, resulta absolutamente necesario determinar quiénes son los titulares de los números telefónicos, a efectos de determinar la vinculación existente entre la persona de Pedro Pablo Supo Condori y otros, en el hecho delictuoso que se investiga y eventualmente a efecto de poder proseguir con las investigaciones, que permitan viabilizar la identificación del o de los autores del delito antes mencionado.

Que además respecto del celular N° 950-010050 se establece que dicho número celular es de propiedad de quien en vida fue Sonia Leonardo Vilca, y por tanto se pretende establecer las comunicaciones realizadas y recepcionadas por la persona que en vida fue Sonia Leonardo Vilca con el presunto autor y/o autores del tipo penal materia de investigación

I. CONSIDERANDO:

Primero.- MEDIDAS PETICIONADAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO: LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.- Que el Ministerio Público ha solicitado la medida limitativa de derechos de

CONTROL DE COMUNICACIONES, REPORTE DE LLAMADAS ENTRANTES Y SALIENTES, ADEMÁS DEL DESPLAZAMIENTO DE LAS CELDAS ACTIVAS de los números telefónicos 950877226, 950010050 y 950862866, señalado como fundamentos jurídicos el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, así como el artículo 230 del Código Procesal Penal.

Segundo.- Nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, elevándolo a rango constitucional al estar previsto en nuestra Constitución en el inciso 10 del Artículo 2 y en donde además se recogen los demás derechos fundamentales del que goza toda persona.

El derecho al secreto de las comunicaciones cede por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley, así lo señala la misma Constitución. Los artículos 230 y 231 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento y ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones.

Tercero.- DEFINICIÓN DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.- Este concepto entiende por lo menos dos ámbitos uno de ellos el secreto de las comunicaciones y telecomunicaciones y un segundo la reserva de los datos personales de los abonados y usuarios.

En el primer rubro se entiende por la obligación de carácter constitucional en virtud de la cual las Empresas de telecomunicaciones se encuentran obligadas a adoptar las medidas y procedimientos razonables para proteger la inviolabilidad de las comunicaciones que se cursen a través de sus redes de telecomunicaciones. Este extremo contempla también varias modalidades en que las empresas cumplen con esta obligación.

Una segunda es la reserva de los datos de los abonados y usuarios, que implica cualquier información personal concerniente a personas identificadas o identificables que obtengan las Empresas de telefonía y otras, de sus abonados y usuarios en el curso de sus operaciones comerciales y que se encuentre contenida en soportes físicos, informáticos o similares, tales como documentos privados y bases de datos.

Se encuentran comprendidos dentro de la definición antes señalada:

1. Datos del abonado obtenidos por la contratación de servicios de telecomunicaciones u otros, tales como:

- Identificación del abonado, titularidad de la línea, código del cliente, servicios y equipos contratados, el número o dirección IP, titularidad de los nombres de usuario ("logins" o "users") y/o de las claves de acceso ("passwords") asociadas a un servicio determinado, la titularidad de las cuentas de correo electrónico y de cualesquiera servicios adicionales asociados a los servicios públicos de telecomunicaciones prestados por las Empresas del Grupo Telefónica.

- Histórico de pedidos tales como traslados, cambio de número, averías, boletines de reparación y hojas de visita, etc.

- Su ocupación, teléfonos de referencia, cuentas bancarias.

- Modalidad y comportamiento de pago: pagos, pagos anticipados, pagos a plazos, notificación de recibos pendientes, recibos de servicios telefónicos, otros comprobantes de pagos, grabaciones por gestiones de deuda, entre otros.

- Historial de suspensiones, cortes y reconexiones del servicio.

2. Definición de abonado en el contrato de concesión celebrado por las empresas de telecomunicaciones y el Estado peruano: "Usuario que ha celebrado un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones con una empresa explotadora de servicios públicos". Se precisa que también se incluye en este concepto a los clientes del servicio pre-pago.

Cuarto.- PRESUPUESTOS MATERIALES Y PROCESALES QUE EXIGE EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA LIMITAR O RESTRINGIR EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. - El Código en comento, prevé dos tipos de presupuestos:

a. Presupuesto material: Desde este punto de vista jurídico sustantivo la adopción de la intervención telefónica exige que el objeto de la investigación lo constituya un delito grave. El artículo 230.1 del código en comento, limita para aquellos delitos sancionados con pena superior a los cuatro años de privación de la libertad, debiendo entender que está referido al extremo mínimo de la pena conminada pues lo contrario no se condice con el carácter excepcional y restringido de la medida. Nuestro código introduce un criterio

cuantitativo relacionado al “quantum” de la pena a imponer por el delito imputado y deja de lado el listado de los delitos graves en el que habría que adoptar la medida restrictiva.

b. Presupuesto Procesal: Se requiere que la petición fiscal debe realizarse necesariamente dentro de la investigación preparatoria, descartándose su dictado en las diligencias preliminares, de ahí que el artículo 338.4 del Código adjetivo, exija al Fiscal la formalización de la Investigación Preparatoria a efectos de solicitar medidas coercitivas.

Quinto.- Conforme ha establecido bien, el Ministerio Público, la naturaleza del delito de HOMICIDIO, amerita por la pena mínima prevista en la norma, vale decir en el artículo 106 del Código Penal; una medida como la restricción del secreto de las comunicaciones, en el ámbito definido en los considerandos precedentes.

El tipo penal que se investiga en el caso de autos, prevé una pena mínima de SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. Por tanto el presupuesto material se cumple a cabalidad en el caso de autos.

En cuanto al presupuesto procesal, si bien en el caso de autos no se cumple éste, es también necesario tener en cuenta que la norma, artículo 338.4, establece la obligatoriedad del fiscal a formalizar investigación (supuesto a futuro), salvo que ya hubiese formalizado la misma.

En el caso específico, se tiene que la investigación preliminar se ha aperturado contra PEDRO PABLO SUPO CONDORI, pero es necesario además establecer conforme ha señalado el Ministerio Público, LA TITULARIDAD DE LOS DOS PRIMEROS NÚMEROS TELEFÓNICOS para los que se solicita la medida y además las llamadas entrantes y saliente de los tres números correspondientes a los días 29, 30 y 31 de marzo del 2010; con el fin de determinar la vinculación de los titulares de las líneas con PEDRO SUPO CONDORI y de este sobre los hechos investigados.

En este extremo este despacho considera que se cumple el presupuesto si se tiene en cuenta que al concederse la información solicitada por el fiscal, este deberá formalizar investigación preparatoria.

Sexto.- PROPORCIONALIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIDA SOLICITADA:

En efecto y tratándose de un delito como el HOMICIDIO; es real y cierto que por la forma en que fueron encontrados los restos del cadáver de la agraviada, han existido personas que habrían actuado conjuntamente, siendo además necesario para determinar el real móvil del delito. Siendo que en este extremo sin embargo la información cierta que tiene la fiscalía al momento y que requiere ser verificada es los números telefónicos proporcionados por los familiares de la víctima, respecto de la identificación del posible autor o autores del hecho.

Por su parte el Juggado debe tomar en cuenta para dictar una resolución autoritativa de una medida coercitiva, que la medida se sujete a una especial exigencia constitucional de motivación con incidencia en el juicio de ponderación que justifique la limitación del derecho fundamental afectado, además de observar los principios de proporcionalidad (relacionada con la gravedad del delito), idoneidad (útil para alcanzar la finalidad perseguida) y necesidad (si resulta la menos grave entre otras medidas).

Sétimo.- ROL DEL JUEZ DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA:

Es necesario tener en cuenta que el Juez de la Investigación preparatoria es competente para imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria, así como ejercer los actos de control que estipula el Código, todo esto al amparo del artículo 29 del Código Procesal Penal.

Justamente en ejercicio de las atribuciones conferidas por el código en los artículos señalados, es que corresponde al despacho resolver el pedido del Fiscal.

Octavo.- Teniendo en cuenta los argumentos analizados en los considerandos precedentes, resulta proporcional y está justificada la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones peticionado por el Ministerio Público. En este extremo y estando al pedido expreso del Ministerio Público, la medida debe ejecutarse solicitando el reporte de llamadas entrantes y salientes, además del desplazamiento de

las celdas activas y de la ubicación domiciliaria de donde se emiten las llamadas desde el día veintinueve de marzo del año dos mil diez al treinta y uno de marzo del mismo año respecto a: a) Las generales de ley de los titulares de los equipos celulares (IMEI), así como de los chips; b) Los Chips que fueron insertados en dichos aparatos telefónicos; c) La ubicación exacta de las llamadas entrantes y salientes de las mencionadas líneas telefónicas; d) Detalle de llamadas entrantes y salientes, con indicación de duración y IMEI; e) La localización a tiempo real de las líneas telefónicas y IMEI y f) La ubicación de IP; de los números telefónicos 950877226, 950010050 y 950862866. Al efecto el Ministerio Público solicita que la información se remita a la Segunda Fiscalía Provincial penal Corporativa de Puno – Tercer Despacho Fiscal de Investigación, con domicilio en el Jr. Teodoro Valcárcel N° 118, a fin de viabilizar la respuesta de las entidades telefónicas, disponiendo que la diligencia sea ejecutada por las operadoras del servicio de telecomunicaciones NEXTEL S.A.C., TELEFÓNICA MÓVIL S.A.C, TELEFÓNICA DEL PERÚ SAC U CLARO SAC.

Por los fundamentos expuesto en los considerandos de la presente resolución el Juzgado;

RESUELVE:

Primero.- DECLARAR FUNDADO EL REQUERIMIENTO CONTROL DE COMUNICACIONES.; REPORTE DE LLAMADAS ENTRANTES Y SALIENTES, ADEMÁS DEL DESPLAZAMIENTO DE LAS CELDAS ACTIVAS DE LOS NÚMEROS TELEFÓNICOS 950877226, 950010050 Y 950862866; MEDIDA PETICIONADA POR LA SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE PUNO – TERCER DESPACHO FISCAL DE INVESTIGACIÓN.

Segundo.- La medida debe efectuarse solicitando el reporte de llamadas entrantes y salientes, además del desplazamiento de las celdas activas y de la ubicación domiciliaria de donde se emiten las llamadas desde el día veintinueve de marzo del año dos mil diez al treinta y uno de marzo del mismo año respecto a: a) Las generales de ley de los titulares de los equipos celulares (IMEI), así como de los chips; b) Los Chips que fueron insertados en dichos aparatos telefónicos; c) La ubicación exacta de las llamadas entrantes y salientes de las mencionadas líneas telefónicas; d) Detalle de llamadas entrantes y salientes, con indicación de duración y IMEI; e) La localización a tiempo real de las líneas telefónicas y IMEI y f) La ubicación de IP; de los números telefónicos 950877226, 950010050 y 950862866.

La información deberá remitirse a la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Puno – Tercer Despacho Fiscal de Investigación, con domicilio en el Jr. Teodoro Valcárcel N° 118.

La medida será ejecutada por las operadoras del servicio de telecomunicaciones NEXTEL S.A.C., TELEFÓNICA MÓVIL S.A.C, TELEFÓNICA DEL PERÚ SAC U CLARO SAC; en el termino de VEINTICUATRO HORAS con el apercibimiento en caso de incumplimiento de denunciarse a los representantes legales y/o responsables de ejecutar la medida, por el delito de desobediencia a la autoridad.

Al efecto la presente resolución, por su naturaleza, debe ser notificada al Ministerio Público, adjuntándose dos copias certificadas de la misma, para que dicha entidad la dirija a las empresas de telefonía correspondientes.

Tercero.- Se cumpla con notificar la presente resolución solo al requirente, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 1 del artículo 235 Código Procesal Penal.

Prueba Anticipada

SUBCAPÍTULO III

PRUEBA ANTICIPADA:**14****FALTA DE MOTIVOS FUNDADOS QUE DETERMINEN SU PROCEDENCIA**

"[...] No basta con señalar que los órganos de prueba están siendo sometidos a amenazas u ofrecimientos, sino acreditar que dicha amenaza es cierta, real, e inminente; no basta con decir que el testigo va a viajar y no acudirá al juicio oral, sino acreditar que efectivamente el testigo está de paso, vive en otro lugar lejano o aislado de donde no podrá acudir al llamado de la justicia; no basta con decir que el perito va a ser cambiado a otra jurisdicción alejada, sino presentar la resolución que así lo ponga; no basta con decir que el testigo está desahuciado y no llegará con vida al Juicio, sino probar con su historia clínica u otros documentos médicos que eso es así".

"[...] De las declaraciones directas que se anexan de ambos agraviados, en ningún momento se aprecia que ellos denuncien, ni siquiera tangencialmente, agresiones, amenazas u otras. De forma que los dos únicos documentos anexados como prueba de la urgencia de la actuación requerida, tienen como autora a la propia requirente y no así a los supuestos agredidos".

Base Legal: NCPP: Arts. 242.1.a, 244.3°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: 6219-2010-4
JUEZ	: CARLOS MERINO SALAZAR
IMPUTADO	: SEGUNDO VICENTE ARTEAGA MENDOZA DELIS KARY ARTEAGA VENTURA
AGRAVIADOS	: MICHAEL METER FALCIONI MARGARITA LILIANA COSTA SERRANO
ASISTENTE DELITO	: CARLOS MARROQUIN DEZA : ROBO AGRAVADO TENENCIA ILEGAL DE MUNICIONES

Resolución N° Uno
Trujillo, quince de diciembre
Del año dos mil diez

VISTOS.- el requerimiento de prueba anticipada de la señora fiscal provincial Cecilia Zavaleta Corcuera, en la investigación seguida contra Segundo Vicente Arteaga Serrano y Delis Kary Arteaga Ventura, por supuestos delitos de Robo agravado y Tenencia ilegal de Municiones; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Que la Prueba Anticipada está prescrita en el Código Procesal Penal en su artículo 242° y siguientes, de donde surge su naturaleza extraordinaria y los casos específicos en los que éste puede requerirse, además de la facultad y obligación del magistrado para evaluar si las motivaciones para solicitar dicha actuación se encuentran arregladas a ley y que presentan entidad tal que se justifique la actuación extraordinaria de prueba fuera de los márgenes de su entorno natural, cual es el del juicio oral. Por ello es que la norma señala que debe tratarse de exámenes de "urgencia"... ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el Juicio Oral por enfermedad u otro grave impedimento o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente..."¹. Circunstancias de gravedad y urgencia en su actuación que se extiende a todas las actuaciones probatorias previstas, según fuere el caso.

SEGUNDO.- Que, lo antes expuesto impone al Ministerio Público requirente la obligación no sólo de motivar (aparentemente) su solicitud, sino acreditar su motivación con mínimos elementos de convicción al respecto, pues de otra forma no podría evaluarse las características que debe contener el requerimiento, conforme se ha señalado en el primer considerando de la presente resolución. Vale decir, no basta con señalar que los órganos de prueba están siendo sometidos a amenazas u ofrecimientos, sino acreditar que dicha amenaza es cierta, real, e inminente; no basta con decir que el testigo va a viajar y no acudirá al juicio oral, sino acreditar que efectivamente el testigo está de paso, vive en otro lugar lejano o aislado de donde no podrá acudir al llamado de la justicia; no basta con decir que el perito va a ser cambiado a otra jurisdicción alejada, sino

¹ Art. 242.1.a) del Código Procesal Penal

presentar la resolución que así lo disponga; no basta con decir que el testigo está desahuciado y no llegará con vida al Juicio, sino probar con su historia clínica u otros documentos médicos que eso es así, entre otros ejemplos que se pueden dar para graficar la entidad del requerimiento a ser evaluado por el juez para conceder la prueba fuera de su ámbito natural por ante el juez de juzgamiento; en aras de garantizar además, el cumplimiento de los demás principios del sistema procesal al que nos hemos avocado, o sea, inmediatez, concentración, contradicción, oralidad, publicidad; de forma que no desnaturalicemos el sistema con actuaciones previas no necesarias, así como la decisión que deberán tomar los señores jueces de juicio, que no actuarán pruebas para decidir. No se trata que la actuación de prueba anticipada genere retroceso en el sistema y voluamos los jueces de fallo a resolver con papeles y lectura privada de piezas.

TERCERO.- En el caso de autos se informa que está siendo investigada la denuncia de los agraviados en el sentido que el 24 de octubre del año en curso fueron asaltados con arma de fuego por inmeditaciones del río Moche y despojados de sus bienes, los cuales habrían sido encontrados en el domicilio de los investigados, en el que además se incautara municiones de arma de fuego. Que, en ese ínterin indagatorio la señora fiscal levanta la denominada "Acta De Llamada Telefónica" donde dice que se comunicó telefónicamente con una de las agraviadas que le refiriera que tiene temor a las represalias y que igualmente su esposo, el otro agraviado, no asistirá. En mérito de dicha acta, la misma señora fiscal con firma de oficial de la policía elabora una "Constancia de Reconocimiento de Evidencias", donde en realidad cita su propia acta para afirmar que los agraviados han informado de actos intimidatorios de familiares de uno de los investigados y deja constancia de actos intimidatorios ocurridos el 11 de noviembre del 2010, aproximadamente, cuarenta días antes. En otras palabras, en virtud de su propia llamada, deja constancia de otra circunstancia que habría ocurrida más de un mes antes. Sin embargo, de las declaraciones directas que se anexan de ambos agraviados, en ningún momento se aprecia que ellos denuncien, ni siquiera tangencialmente, agresiones, amenazas u otras. De forma que los dos únicos documentos anexados como prueba de la urgencia de la actuación requerida, tienen como autora a la propia requirente y no así a los supuestos agredidos; consecuentemente no puede decirse que en el caso de autos se haya acreditado la supuesta motivación del requerimiento.

CUARTO.- Que, conforme a lo expuesto esta judicatura considera que no se encuentra acreditada la urgencia aludida para la actuación adelantada de prueba en este caso, consecuentemente deberá declararse que no tiene fundamento el requerimiento, conforme a lo previsto en el artículo 244.3° del Código Procesal Penal, sin necesidad del traslado que dispone el primer inciso del mismo artículo.

SE RESUELVE: DECLARANDO INFUNDADO el requerimiento de prueba anticipada de la señora fiscal provincial Cecilia Zavaleta Corchera, en la investigación seguida contra Segundo Vicente Arteaga Serrano y Delis Kary Arteaga Ventura, por supuestos delitos de Robo agravado y Tenencia ilegal de Municiones. **Notifícase.**



LA ACREDITACIÓN DE LA URGENCIA NO ADMITE MERAS PRESUNCIONES O SUPUESTOS FUTUROS

PRUEBA ANTICIPADA:

"[...] Conforme a lo expuesto, esta judicatura considera que no se encuentra acreditada la urgencia aludida para la actuación adelantada de prueba [reconstrucción de hechos] en este caso, pues, el señor abogado ha recurrido a meras presunciones y verbos condicionales y futuros que ampararían su pretensión, pues dice que PODRÍA ocurrir señalamiento de vías, colocación de semáforos y colocación de paneles, cuya efectiva colocación no ha acreditado de modo alguno".

Base Legal: NCPP: Arts. 242.1.a, 242.1.c, 244.3°

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO

EXPEDIENTE	: 1956-2011-72
JUEZ	: DR. CARLOS MERINO SALAZAR
IMPUTADO	: MARCELA ESPERANZA RODRÍGUEZ
AGRAVIADO	: RAÚL ANGULO TUESTA
ASISTENTE	: OMAR VERÁSTEGUI GALVEZ
DELITO	: LESIONES CULPOSAS GRAVES

Resolución N° Tres
Trujillo, ocho de agosto
Del año dos mil once

AUTOS Y VISTOS.- La solicitud de prueba anticipada del señor abogado de la parte agraviada, constituido en actor civil en la presente causa, en la investigación seguida contra Marcela Esperanza Rodríguez, por supuesto delito de Lesiones Culposas Graves; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Que la Prueba Anticipada está prescrita en el Código Procesal Penal en su artículo 242° y siguientes, de donde surge su naturaleza extraordinaria y los casos específicos en los que éste puede requerirse (solicitar, cuando se trata de otro sujeto procesal distinto al Ministerio Público), además de la facultad y obligación del magistrado para evaluar si las motivaciones para solicitar dicha actuación se encuentran arregladas a ley y que presentan entidad tal que se justifique la actuación extraordinaria de prueba fuera de los márgenes de su entorno natural, cual es el del juicio oral. Por ello es que la norma señala que debe tratarse de exámenes de "urgencia"... ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el Juicio Oral por enfermedad u otro grave impedimento o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente..."¹. Circunstancias de gravedad y urgencia en su actuación que se extiende a todas las actuaciones probatorias previstas, según fuere el caso.

SEGUNDO.- Que, lo antes expuesto impone al peticionante la obligación, no sólo de motivar (aparentemente) su solicitud, sino también la de acreditar su motivación con mínimos elementos de convicción al respecto, pues de otra forma no podría evaluarse las características que debe contener el requerimiento, conforme se ha señalado en el primer considerando de la presente resolución. Vale decir: ² no basta con señalar que los órganos de prueba están siendo sometidos a amenazas u ofrecimientos, sino acreditar que dicha amenaza es cierta, real, e inminente; no basta con decir que el testigo va a viajar y no acudirá al juicio oral, sino acreditar que efectivamente el testigo está de paso, vive en otro lugar lejano o aislado de donde no podrá acudir al llamado de la justicia; no basta con decir que el perito va a ser cambiado a otra jurisdicción alejada, sino presentar la resolución que así lo disponga; no basta con decir que el testigo está desahuciado y no llegará con vida al Juicio, sino probar con su historia clínica u otros documentos médicos que eso es así, entre otros ejemplos que se pueden dar para graficar la entidad del requerimiento a ser evaluado por el juez para conceder la actuación de prueba fuera de su ámbito natural por ante el juez de juzgamiento. En aras de garantizar además, el cumplimiento de los demás principios del sistema procesal al que nos hemos avocado, o sea, inmediatez, concentración, contradicción, oralidad, publicidad; de forma que no desnaturalicemos el sistema con actuaciones previas no necesarias, así como la decisión que deberán tomar los señores jueces de juicio, que no actuarán pruebas para decidir. No se trata entonces de que a través de la actuación de prueba

¹ Art. 242.1.a) del Código Procesal Penal

² Y, se citan ejemplos de acreditación de la motivación

anticipada se genere retroceso en el sistema naciente y nuevamente los jueces de fallo resuelvan con papeles y lectura privada de piezas.

TERCERO.- En el caso de autos se informa que está siendo investigada la denuncia de agraviado, quien habría sido perjudicado con conducta aparentemente negligente de la investigada en hecho de tránsito del 30 de Noviembre del año 2010, cuando la investigada conducía su unidad vehicular de placa de rodaje RD-5195 y el agraviado su unidad menor TI-3103, resultando con lesiones graves éste último ³; y que como fundamento para solicitar la actuación de prueba anticipada de Inspección Judicial y Reconstrucción de los hechos se indica, en ese orden: que se trata de vía de circulación vehicular que “puede” ser alterada en cuanto a su señalización, que “podría” incluso alterarse la escena con la colocación de semáforos y que las diferentes empresas de servicios vienen colocando paneles publicitarios que “podrían” modificar el escenario en el que ocurrió el accidente; por las mismas razones (se entiende) ampara su pretensión para la reconstrucción de hechos.

CUARTO.- Que, conforme a lo expuesto, esta judicatura considera que no se encuentra acreditada la urgencia aludida para la actuación adelantada de prueba en este caso, pues, el señor abogado ha recurrido a meras presunciones y verbos condicionales y futuros que ampararían su pretensión, pues dice que PODRÍA ocurrir señalamiento de vías, colocación de semáforos y colocación de paneles, cuya efectiva colocación no ha acreditado de modo alguno; es más, el escrito en el que solicita las pruebas anticipadas citadas no ha sido acompañado de elemento de convicción alguno que convenga a la judicatura de la necesidad y urgencia aludidas líneas antes, menos se ha citado anexos a su escrito en dicho sentido; consecuentemente deberá declararse que no tiene fundamento el requerimiento, conforme a lo previsto en el artículo 244.3° del Código Procesal Penal; máxime si la parte contraria ha manifestado su oposición a la actuación de prueba fuera del ámbito del juez de juicio.

Por tales fundamentos:

SE RESUELVE: DECLARANDO INFUNDADO el requerimiento de prueba anticipada del señor abogado del actor civil en la presente causa, en la investigación seguida contra Marcela Esperanza Rodríguez, por supuesto delito de Lesiones Culposas Graves. **Notificándose.**

³ Conforme a descripción de los hechos de la formalización de la investigación, del cuaderno “0” de esta causa.

PRUEBA ANTICIPADA:**16****FALTA DE MOTIVOS FUNDADOS PARA CONSIDERAR QUE LA DILIGENCIA DE CAREO NO PODRÁ REALIZARSE EN JUICIO**

"[...] Respecto al motivo para su actuación en esta instancia, es de precisar que si bien el señor fiscal ha fundamentado su petición respecto a la existencia de contradicciones en las versiones de las partes, con lo que, indiscutiblemente se ha cumplido el primer supuesto; sin embargo, no ha expuesto los motivos fundados que permitan considerar razonablemente que tal diligencia no podrá actuarse en el juicio oral, y que, por tanto justifique su actuación como prueba anticipada en la etapa de investigación preparatoria, tal como se pretende".

"[...] Se advierte que la petición efectuada por el Ministerio Público no tiene el sustento respectivo como tampoco lo tiene la presentada por la parte agraviada, careciendo por ende de un presupuesto para autorizar su realización; además, debe precisarse que la actuación de prueba anticipada no está supeditada a la sola petición por parte de alguno de los sujetos procesales, sino, que conforme se desprende de la lectura del artículo 244° deben cumplir ciertas exigencias que hagan urgente e impostergable la actuación que se solicita, tal es el caso de impedimento grave, violencia, amenaza para no declarar o declarar en sentido contrario, nada de lo cual se alega, menos se ha sustentado por ninguna de las partes".

Base Legal: NCPP: Arts. 182° ,242.1.a, 242.1.b, 244°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE ZARUMILLA**

EXPEDIENTE	: 2009-151-0-JIPZ
JUEZ	: OSWALDO S. VELARDE ABANTO
IMPUTADO	: OSWALDO CRUZ LEÓN
AGRAVIADO	: T.A.C.I.
ASISTENTE CAUSAS	: JUAN HERRERA SÁNCHEZ
DELITO	: VIOLACIÓN SEXUAL

**Resolución N° Seis
Zarumilla, doce de marzo
Del año dos mil diez**

AUTOS y VISTOS; Dado cuenta con el presente cuadernillo, a fin de resolver la petición de folios diecinueve y siguientes; absuelto el traslado por la parte agraviada; y, **CONSIDERANDO:**

Primero.- Que, recurre ante este órgano jurisdiccional, el señor representante del Ministerio Público para solicitar se realice un careo entre el investigado Oswaldo Cruz León y la menor agraviada de las iniciales T.A.C.I. en la presente investigación preparatoria. Como argumentos de su pretensión, alega que existe una evidente contradicción entre las versiones que ambas partes han proporcionado en sus declaraciones, pues, mientras el primero alega que se enamoró de la agraviada a quien incluso le pidió sea su enamorada lo cual aceptó habiendo tenido relaciones sexuales consentidas cada seis días aproximadamente cuando no estaba la conviviente del investigado y en las que inclusive él se cuidaba con condón, además de negar en todo momento que haya mediado violencia o amenaza; sin embargo, la agraviada ha manifestado que fue víctima de violación por su padrastro cuando se encontraba en su cuarto descansando, que ella se ha negado a ser su enamorada, por lo que el denunciado procedió a violentarla sexualmente y, luego la amenazó con matarla a ella si decía algo; que tales actos violentos se han realizado cada dos y no cada seis días y que, además ha referido que desde que ella tenía catorce años el investigado siempre lo acosaba y le efectuaba tocamientos en sus senos y partes íntimas.

Segundo.- Que, de conformidad con lo prescrito por el artículo 242° del Código Procesal Penal, podrá instarse al Juez la actuación como prueba anticipada el careo entre las personas que han declarado en el proceso investigatorio durante la investigación preparatoria, cuando exista un motivo fundado para considerar que no podrá actuarse en el juicio oral y siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 182° del mismo cuerpo legal; es decir, la norma en comento, exige la concurrencia de dos presupuestos para disponer la actuación de tal diligencia, como son: en primer lugar, la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 182°; y, en segundo lugar, la existencia de motivo fundado que impida su actuación en el juicio oral; correspondiendo analizar si en el caso concreto se cumple o no con tales presupuestos; es decir, el careo durante la investigación solo podrá efectuarse como prueba anticipada y siempre que concurren los

presupuestos ya mencionados.

Tercero.- Que, respecto a los requisitos prescritos por el artículo 182° del Código Procesal Penal, es de señalar que esta diligencia procede efectuarla cuando entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o el agraviado surjan contradicciones importantes, cuyo esclarecimiento requiera oír a ambos; puede efectuarse entre agraviados o entre testigos o éstos con los primeros y, no procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente. Siendo esto así, se concluye que este primer supuesto se cumple a cabalidad, pues, resulta evidente que existen marcadas contradicciones entre las versiones que sobre los hechos han expresado las partes; y, si bien, en este caso el careo no ha sido solicitado por la víctima, sin embargo, cabe señalar que la defensa de la parte agraviada ha presentado escrito expresando su conformidad con el requerimiento Fiscal y acepta la realización de tal diligencia, lo cual debe tenerse en cuenta.

Cuarto.- Que, respecto al motivo para su actuación en esta instancia, es de precisar que si bien el señor fiscal ha fundamentado su petición respecto a la existencia de contradicciones en las versiones de las partes, con lo que, indiscutiblemente se ha cumplido el primer supuesto; sin embargo, no ha expuesto los motivos fundados que permitan considerar razonablemente que tal diligencia no podrá actuarse en el juicio oral, y que, por tanto justifique su actuación como prueba anticipada en la etapa de investigación preparatoria, tal como se pretende.

Quinto.- Que, en este orden de ideas se advierte que la petición efectuada por el Ministerio Público no tiene el sustento respectivo como tampoco lo tiene la presentada por la parte agraviada, careciendo por ende de un presupuesto para autorizar su realización; además, debe precisarse que la actuación de prueba anticipada no está supeditada a la sola petición por parte de alguno de los sujetos procesales, sino, que conforme se desprende de la lectura del artículo 244° deben cumplir ciertas exigencias que hagan urgente e impostergable la actuación que se solicita, tal es el caso de impedimento grave, violencia, amenaza para no declarar o declarar en sentido contrario, nada de lo cual se alega, menos se ha sustentado por ninguna de las partes.

Por estas consideraciones y al amparo de los dispositivos legales antes citados, **SE RESUELVE:**

1. DECLARAR INFUNDADA la petición de realización de careo entre el investigado Oswaldo CRUZ LEON con la parte agraviada con nombre de iniciales T.A.C.I., efectuada por el señor representante del Ministerio Público mediante escrito de folios dieciocho y siguientes y, aceptada por la parte agraviada en su escrito respectivo.

INTERVINIENDO la Asistente Jurisdiccional que da cuenta, por vacaciones del Asistente a cargo del proceso. **Notifíquese** conforme a Ley.

Control de Plazos

SUBCAPÍTULO IV

CONTROL DE PLAZO:**EXCESIVA DURACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES**

"[...] La misma Corte Suprema ha señalado y definido que para las diligencias preliminares es suficiente que el fiscal reúna elementos mínimos y realice actos urgentes e inaplazables para establecer si los hechos han existido, si constituyen delitos y asegurar elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas o agentes activos y pasivos del mismo hecho; pero no para realizar o actuar TODOS los demás elementos y medios de prueba que deberán ser materia de actuación o indagación en la propia etapa de investigación preparatoria tras su formalización por ante el juez de garantías. Siendo ello así, tras haberse vencido el plazo inicialmente fijado o haberse cumplido con los fines antes precisados, el plazo se convierte en irrazonable".

Base Legal: NCPP: Arts. 334.2º, 337.2º, 342.1º ; Cas.: 002-2008 - La Libertad

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: 2256 – 2010
JUEZ	: DR. CARLOS MERINO SALAZAR.
IMPUTADO	: HÉCTOR PONCE DE LEÓN ZELADA
AGRAVIADO	: TIENDAS EFE
ASISTENTE	: JOSÉ ANTONIO HUAYLLA MARÍN
DELITO	: HURTO AGRAVADO

**Resolución N° Uno
Trujillo, tres de mayo
Del año dos mil diez**

VISTOS y OIDOS.- el requerimiento realizado por el señor abogado Jorge Tello Ramírez y la defensa que ha hecho de su posición el señor fiscal compareciente a audiencia y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que, el requirente solicita se dé por agotado las diligencias preliminares y se emita la disposición que corresponda en la investigación que se le sigue a su patrocinado Héctor Ponce de León Zelada; manifestó que el 07 de marzo del presente año se detuvo en situación de flagrancia al investigado y que tras darle libertad, se emitió disposición de diligencias preliminares el 15 de marzo, vale decir 8 días más tarde, en que se fijó el plazo de 40 días, pero sin tomar en cuenta el plazo ya transcurrido desde el 07 de marzo en que se realizaron varias diligencias. Que tomando en cuenta los 40 días desde ésta última data, debería vencerse el plazo el 17 de abril; sin embargo, el Ministerio Público, el 14 de abril, emite nueva disposición en que se prorroga el plazo por treinta días más, para nuevas diligencias; y que con ello se violan criterios de plazo razonable para la investigación a su patrocinado.

SEGUNDO: Por su parte el señor fiscal provincial ha manifestado que sólo están siguiendo los criterios ya establecidos por la Corte Suprema en la Casación 002-2008, en que se señala que la investigación puede llegar hasta los 120 días naturales; que en el presente caso se tratan de dos investigados y que falta determinar si uno de los procesados ha intervenido o no y que por ello han ampliado el plazo de diligencias preliminares por treinta días más, faltándole actuar testimoniales, declaraciones de policías y establecer vigencia de poderes. Que respecto al plazo razonable, ello se refiere a países donde no se han fijado plazos para las investigaciones.

TERCERO: Que, en el presente caso en realidad se trata de establecer si existe la posibilidad de que el Ministerio Público amplíe el plazo que el mismo se ha fijado para realizar sus diligencias preliminares, en virtud de lo expuesto en el artículo 334.2 del Código Procesal Penal. El señor abogado ha manifestado que ello no es posible en virtud de una interpretación sistemática del código adjetivo, en el sentido que la norma no lo autoriza expresamente, como en el caso del artículo 342.1 del mismo, cuando de la investigación preparatoria se trata. Considera que el fiscal ha hecho uso de la prerrogativa que le da la ley de fijar plazo distinto al legal y que allí se agota su posibilidad de señalar plazo de sus diligencias preliminares. Por su parte el señor fiscal ha hecho una interpretación in extenso de la Casación 002-2008, para concluir que podía haber usado hasta 120 días y que si solamente ha señalado 40 iniciales y ahora prórroga a 30 días más, está dentro de ese margen de tiempo ¹.

¹ Interpretación no textual de sus respectivas pretensiones, establecida así en la presente resolución para efectos meramente didácticos de la misma.-

CUARTO: Que, tras el análisis de sus dichos y las citas legales y jurisprudenciales que han hecho, debemos partir por señalar que, legalmente lo afirmado por el señor abogado de la defensa es cierto. O sea, es verdad que el Código Procesal Penal ha hecho serio distingo no sólo entre el plazo de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, sino también en las prerrogativas y posibilidades de ampliación o prórroga de dichos plazos; de forma que en principio es válido afirmar que la ley (Léase: CPP-2004) no faculta al fiscal a ampliar el plazo legal o fiscal que impone la norma o su propia decisión, según la complejidad, características y circunstancias del hecho que investiga a nivel de diligencias preliminares. Pero es válido en este caso analizar los argumentos por los cuales el Ministerio Público considera que si puede hacer ello. Parten de sus facultades constitucionales de persecución del delito, de titulares de la acción penal y, añade esta judicatura, del hecho de que, en ningún otro momento del proceso penal, el Ministerio Público tiene mayores facultades que en las diligencias preliminares, pues en la investigación preparatoria y etapa intermedia, ya ha cedido el control de garantía de la legalidad y del respeto de los derechos fundamentales, al juez de garantías. En tal virtud, como amo y señor de la investigación, debería pensarse que estando dentro del marco que habría señalado la Corte Suprema, tendrían latas facultades para ampliar sus propios plazos hasta dicho límite.

QUINTO.- Que, sin embargo y pese a lo expuesto en el considerando anterior, existen otras consideraciones a tomar en cuenta en esta decisión. Veamos: en primer lugar, la casación aludida ², se encuentra expedida dentro del marco de discusión de si el plazo de las diligencias preliminares son los mismos de los de la investigación preparatoria, en virtud de la ambigua referencia del artículo 337°.2 CPP. Además, debe considerarse que dicho caso se originaba en proceso que estaba en etapa de investigación preparatoria y no de diligencias preliminares como en el presente caso; y en realidad concluía que en el caso de que el fiscal haya optado por un “plazo distinto”, conforme a su facultad del artículo 334°.2, dicho plazo no podía exceder del plazo máximo de la investigación preparatoria. Esa es una de las conclusiones de la corte suprema en dicho caso ³.

SEXTO.- Que, por ende queda claro también para esta judicatura lo que la misma casación aludida ha señalado en su décimo primer considerando, que se tratan de plazos distintos, tanto el que se refiere al plazo legal y el facultativo del fiscal (uno) y el de investigación preparatorio (otro), refiriéndose la norma del artículo 337.2 primer párrafo, más en estricto, a la irrepitibilidad de diligencias en ambas etapas, más que a unión de plazos; máxime cuando se ha establecido gran distinción entre las finalidades de ambas etapas. Queda claro también con esta afirmación de la corte suprema que el señor fiscal no puede distinguir entre el plazo legal y el facultativo (el que él mismo tiene de señalar plazo distinto), sino que puede optar por cualquiera de ellos. Si se trata de un proceso común, sin mayor complejidad, circunstancias o características especiales, entonces el plazo automático, por señalarlo así la ley, será el plazo legal (20 días). Por el contrario, si se dan las causales establecidas, entonces hace valer su facultad de señalar plazo distinto en razón de dichas características, circunstancias o complejidad del caso, pudiendo señalar, allí sí, como lo señala la Corte Suprema, hasta un plazo que no podrá exceder el que tomará para su investigación preparatoria. Pero nunca podrá hacer uso de ambos plazos, el legal y el facultativo en el mismo caso. Y si ello es así, mucho menos podrá ampliar el plazo que él mismo se fija, aún cuando este se encuentre dentro del plazo máximo de la investigación preparatoria; pues no sólo se trata de la violación a un plazo razonable, sino al del principio de legalidad, pues como se afirmó líneas antes, no existe jurídicamente dicha facultad.

SÉTIMO.- A mayor abundamiento, en el presente caso, ni siquiera se ha establecido las circunstancias, características y complejidad a la que alude la norma siquiera para que el fiscal se haya fijado plazo distinto, en desmedro del plazo legal. Veamos, a la pregunta de la judicatura sobre dicho extremo, el señor fiscal dijo que el delito era uno de Hurto Agravado, y que las circunstancias de agravación de la conducta de hurto eran porque fuera de noche y con el concurso de dos o más personas. Resulta obvio de dicha afirmación que el delito investigado no es uno complejo, ni mucho menos, se trata de proceso común y más cuando las circunstancias de agravación se refieran a elementos de fácil comprobación, pues bástese que se denuncie que el hecho habría ocurrido de noche, para estar dentro de dicho agravante; igual para el caso del concurso de más de dos o más personas. O sea, no se necesita de mayor plazo para investigar un delito tan común, donde no aparece circunstancias que amerite, siquiera el plazo distinto que el propio fiscal se fijó. Amén de que dichos elementos se toman en cuenta para el señalamiento de dicho plazo en sí y no para su prórroga no prevista legalmente.

² Cas 002-2008.- caso José Montero, del 03 de Junio 2008.-Sala Penal Permanente.-

³ "... debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables (...) y que por estas consideraciones la fase de diligencias preliminares, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria..."- Casación aludida ut supra.

OCTAVO.- Respecto del plazo razonable.- no es verdad lo afirmado por el señor fiscal temerariamente en el sentido que dicha institución es para casos donde no existen plazos de investigación. En realidad, el plazo razonable alude a criterios que van más allá de los propios plazos fijados, que se ampara en criterios de humanidad y de respeto a los derechos fundamentales de la persona, fin supremo de la sociedad y del Estado. Entonces, el plazo puede estar fijado. Puede ser legal, judicial o fiscal y jurídicamente válido, pero si los fines de la investigación o actuación del Estado se han logrado antes del vencimiento de dichos plazos, entonces aún cuando falte vencerse el fijado, el plazo dejará de tener razón de ser, pues no existe motivo para mantener dicho estado y pasarse al siguiente, que en este caso sería el de formalizar la investigación.

NOVENO.- Peor aún, no podemos dejar de lado que los fines de cada etapa definen el plazo razonable aludido en el considerando anterior. La misma corte suprema ha señalado y definido que para las diligencias preliminares es suficiente que el fiscal reúna elementos mínimos y realice actos urgentes e inaplazables para establecer si los hechos han existido, si constituyen delitos y asegurar elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas o agentes activos y pasivos del mismo hecho; pero no para realizar o actuar TODOS los demás elementos y medios de prueba que deberán ser materia de actuación o indagación en la propia etapa de investigación preparatoria tras su formalización por ante el juez de garantías ⁴. Siendo ello así, tras haberse vencido el plazo inicialmente fijado o haberse cumplido con los fines antes precisados ⁵, el plazo se convierte en irrazonable.

POR ESTAS CONSIDERACIONES, en aplicación de los dispositivos antes invocados: **SE RESUELVE:**

1.- DECLARAR FUNDADO el Requerimiento de control de plazo solicitado por la defensa técnica de don Héctor de Ponce de León Zelada.

2.- DISPONGO que el señor fiscal en la fecha de por concluidas sus diligencias preliminares y, posteriormente, emita el pronunciamiento que le respecta, tal cual el estadio del proceso.

⁴ Léase: juez de la Investigación Preparatoria, según nuestro CPP-2004.
⁵ 330° CPP-2004

18

CONTROL DE PLAZOS:**SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA**

"[...] Como se puede observar, con la emisión de la disposición fiscal N° 02, de fecha veintiuno de mayo del año dos mil nueve, en la que se dispuso el archivo definitivo de la investigación preliminar en contra de Edilberto Vásquez Sánchez, se produjo la sustracción de la materia, respecto al requerimiento de control de plazo, por lo que debe declararse la improcedencia de dicho requerimiento".

Base Legal: NCPP: Arts. 330.2º, 334.2º, 342.1º, 343.1º; Cas.: 02-2008- La Libertad

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE
PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE CHICLAYO**

EXPEDIENTE	: 2009-02272-0-1706-JR-PE-1
JUEZ	: WILSÓN MEDINA MEDINA
MINISTERIO PÚBLICO	: FISCALÍA CORPORATIVA DE CAYALTÍ
IMPUTADO	: EDILBERTO VÁSQUEZ SÁNCHEZ
AGRAVIADO	: RAYMUNDA TORRES MARÍN
ESPECIALISTA	: VÍCTOR MONTEZA BASAURI
DELITO	: HURTO

Resolución N° Dos
Chiclayo, veintiséis de mayo
Del año dos mil nueve

AUTOS Y OIDOS:

Proveyendo el requerimiento de control de plazo, interpuesta por la Abogada defensora del imputado Edilberto Vásquez Sánchez, en la investigación PRELIMINAR, por el presunto delito de hurto, en agravio de Raymunda Torres Marín. Teniendo a la vista el fax de la disposición fiscal de archivo definitivo, de la Fiscalía Corporativa de Cayaltí, de fecha veintiuno de mayo del año dos mil nueve.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: El plazo de las diligencias preliminares es de veinte días. Quien se considere afectado por una excesiva duración de dichas diligencias, solicitará al Fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si aquél no acepta la solicitud o fija un plazo irrazonable, el afectado podrá acudir al Juez de la Investigación Preparatoria instando su pronunciamiento, quien resolverá, previa audiencia, con la participación del Fiscal y del solicitante, como lo establece el artículo 334°, inciso 2), del Código Procesal Penal (CPP).

SEGUNDO: La sentencia Casatoria N° 02-2008-La Libertad, ha precisado que el cómputo de los plazos de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria, propiamente dicha, son diferentes. Así, para las primeras, el plazo legal es de veinte días (artículo 334°.2 del CPP), prorrogables hasta ciento veinte días; para las segundas, el plazo legal es de ciento veinte días (artículo 342°.1 del CPP), prorrogables por sesenta días. La prórroga del plazo es facultad exclusiva del Fiscal, pudiendo ser objeto de un control de legalidad y razonabilidad a solicitud de los sujetos procesales, como lo prevé los artículos 334°.2 y 343°.1 del CPP.

El inicio del plazo de las diligencias preliminares será desde que el Fiscal toma conocimiento de la noticia criminal, sea por denuncia de parte o por denuncia oficial, siempre que el imputado se encuentre individualizado, con prescindencia de la expedición de la disposición fiscal de investigación preliminar. De otra parte, el inicio de la etapa de investigación preparatoria, será desde la comunicación de la disposición fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria, tomándose como criterio lo previsto en el artículo 127°.1 del CPP, en el sentido que las disposiciones deben ser notificadas dentro de las veinticuatro horas después de ser dictadas.

TERCERO: La recurrente señala que la disposición N° 01, de fecha veinticuatro de abril del año dos mil nueve, que dio inicio a las diligencias preliminares por el plazo de veinte días, conforme al artículo 330°.2 del CPP, a su vencimiento no se emitió la disposición correspondiente, por lo que con fecha diecinueve de mayo del año dos mil nueve, solicitó dicha disposición, en el sentido de no formalizar ni continuar con la investigación

y se disponga el archivo por cuanto –en el supuesto negado– de que el investigado hubiera sustraído los bienes a su cónyuge, tal conducta no era reprimible penalmente, conforme al artículo 208°, inciso 1), del Código Penal.

De otra parte, manifiesta que con fecha veinticinco de mayo, ha sido notificada con la disposición fiscal N° 02, la misma que está fechada el veintiuno de mayo, en la que se dispone el archivo definitivo de la investigación en contra de su patrocinado. Al respecto señala que, no correspondiendo emitirse pronunciamiento de fondo sobre el control de plazo, sin embargo debe exhortarse al representante del Ministerio Público para que en lo sucesivo cumpla con expedir las disposiciones que correspondan en los plazos de ley y que éstas sean notificadas dentro de las veinticuatro horas a que alude el artículo 127°.1 del CPP, puesto que la disposición N° 02 ha sido expedida diez días después del vencimiento del plazo de veinte días e incluso ha sido notificada cuatro días después de expedida. Asimismo, solicita que el Juezador se pronuncie expresamente sobre el plazo de investigación preliminar que es de veinte días naturales y no hábiles como erróneamente sostiene el Fiscal en el quinto considerando de la disposición N° 02.

CUARTO: Como se puede observar, con la emisión de la disposición fiscal N° 02, de fecha veintiuno de mayo del año dos mil nueve, en la que se dispuso el archivo definitivo de la investigación preliminar en contra de Edilberto Vásquez Sánchez, se produjo la sustracción de la materia, respecto al requerimiento de control de plazo, por lo que debe declararse la improcedencia de dicho requerimiento, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre las pretensiones alegadas en la audiencia de la fecha, sobre todo, en relación al plazo de la investigación preliminar de veinte días que, en opinión del Juezador, debe computarse en días naturales, como se desprende de una interpretación sistemática de los artículos 334°.2 y 342°.1 del CPP, máxime si tal criterio ha sido establecido como doctrina jurisprudencial por la Sala Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 02-2008-La Libertad. Por consiguiente, debe exhortarse al representante del Ministerio para que en lo sucesivo cumpla con los plazos legales, teniendo en cuenta que el plazo de investigación preliminar se computa en días naturales.

SE RESUELVE:

DECLARAR IMPROCEDENTE, por sustracción de la materia, el requerimiento de **CONTROL DE PLAZO**, interpuesto por la Abogada defensora del investigado Edilberto Vásquez Sánchez, por el presunto delito de hurto.

EXHORTAR al representante del Ministerio para que en lo sucesivo cumpla con los plazos legales, teniendo en cuenta que el plazo de investigación preliminar se computa en días naturales.

CONTROL DE PLAZOS:**19****VENCIMIENTO DEL PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

"[...] Al respecto verificamos que el plazo de la investigación preparatoria concluyo el día 07/06/2011, expidiéndose la disposición N° 03 en la misma fecha, que tiene como finalidad declarar compleja la investigación, ingresado a la mesa de partes del Poder Judicial con fecha 14/06/2011 y notificado a los imputados con fecha 16/06/2011, pretendiendo con ello el ministerio público, justificar la prolongación del plazo de investigación con una declaración de complejidad sin fundamentar los motivos razonables de la misma, apartándose de lo establecido en el octavo fundamento de la sentencia Casatoria N° 02-2008 de fecha 03/06/2008".

Base Legal: NCPP: Arts. 143.2°, 321°, 342.1°, 343.2°, 343.3°; Cas.: 02-2008 - La Libertad

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA TRANSITORIO DE HUAURA**

EXPEDIENTE	: 00279-2011-52
JUEZ	: JULIO ERNESTO TEJADA AGUIRRE
MINISTERIO PÚBLICO	: SEGUNDO DESPACHO DE INVESTIGACIÓN HUAURA
IMPUTADO	: AGÜERO REYES, MARTIN
AGRAVIADO	: EL ESTADO - EMPRESA AGRARIA ANDAHUASI
ESPECIALISTA	: BURGOS ALFARO, JOSÉ
DELITO	: COHECHO PASIVO GENÉRICO

**Resolución N° Diez
Huacho, siete de setiembre
Del año dos mil once**

I. ASUNTO

Determinar si debo estimar la pretensión de control de plazo, efectuado mediante escrito de fecha 10 de junio de dos mil once, por vencimiento de límite temporal en investigación preparatoria.

II. ANTECEDENTES

2.1 Que mediante escrito de fecha 10/06/2011, la defensa técnica de Martín Agüero Reyes, Adolfo Galindo Santiago y Carlos Tapia Cieza, solicita control de plazo, alegando que el día 8 de febrero del año 2011, el representante del ministerio público, mediante disposición fiscal N° 02 de fecha 08/02/2011 dispone formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra sus patrocinados, la misma que tuvo un plazo de 120 días, y que el plazo venció el día 07 de junio del año 2011, en donde a la fecha de presentación de su escrito no han sido notificados con alguna ampliación de investigación.

2.2 Que a la fecha se ha vencido el plazo de la investigación preparatoria, habiéndose excedido incluso en casi dos días, en el que el ministerio público no ha presentado su requerimiento respectivo. Amparando su pretensión en lo dispuesto en el artículo 343 inciso 2 del código penal vigente. Adjuntado a su pretensión copia de la disposición N° 02 de fecha 08 de febrero del año 2010.

Que en autos obra la disposición N° 03 de fecha 07/06/2011, que dispone declarar compleja la investigación preparatoria en la causa seguida contra Adolfo Galindo Santiago, Martín Agüero Reyes y Carlos Cieza Tapia, por la presunta comisión del delito de cohecho activo genérico en agravio de la Empresa Agraria Azucarera Andahuasi S.A.A y el Estado. Disponiendo entre otros múltiples actos de investigación.

2.3 Que mediante resolución N° 03 de fecha veintinueve de junio del dos mil once, se resolvió infundado la solicitud de control de plazo, disponiéndose también continuar con la investigación según su estado. Habiendo sido impugnada la referida resolución, mediante resolución N° 08 de fecha 16/08/2011, la Sala Penal de Apelaciones, declara de oficio nula la resolución N° 03 ordenado se emita pronunciamiento de acuerdo a los lineamientos establecido en la precitada resolución.

III. SOBRE EL PLAZO RAZONABLE

3.1 La primera conclusión que se puede extraer dogmáticamente de la garantía de todo imputado a ser juzgado con celeridad, es la necesidad de que los ordenamientos jurídicos secundarios establezcan con precisión el plazo máximo de duración del proceso penal y las consecuencias jurídicas que resultarán de su incumplimiento, siendo ello expuesto en el artículo 343 numerales 2 y 3 del código procesal penal.

3.2 Por otro lado es pertinente señalar que el proceso penal en su conjunto afecta derechos del imputado por su mera realización, aun cuando no se dispongan medidas concretas de coacción. Es sabido que al ciudadano sometido a investigación penal se le exige tolerar el proceso y cumplir ciertos deberes que le son atribuidos bajo la amenaza de ejecución coactiva. Esto constituye una clara intervención en los derechos o libertades del imputado y sobre los límites temporales de esa intervención también debe decidir el juzgador conforme lo refiere la norma procesal.

IV. SOBRE LOS LINEAMIENTOS DE LA SUPERIOR SALA PENAL DE APELACIONES

Que oído el audio de la audiencia de fecha 16/08/2011, en síntesis se concluye:

4.1 Notificación efectuada con fecha posterior a la expedición de la disposición que resuelve declarar investigación compleja.

4.2 Que las mismas diligencias efectuadas en la formalización de investigación preparatoria contenida en la disposición N° 02 de fecha 08/02/2011 son las que se reproducen en la declaración de investigación compleja.

4.3 Que según el inciso 2° del artículo 143° del código procesal penal, invocada en la Casación N° 02-2008 LA LIBERTAD, el plazo debe computarse a partir de la notificación. En suma cuenta opera solo cuando se comunica válidamente la disposición a las partes.

V. RAZONES DE LA DECISIÓN

5.1 Que en el caso de autos, se observa que efectivamente el peticionante solicita que se declare fundado su requerimiento de control de plazo, así como se deje sin efecto la complejidad, se deje sin efecto los actos de investigación con posterioridad al día 07/06/2011, se dé por concluida la investigación preparatoria y se ordene que el ministerio público cumpla con emitir el pronunciamiento que corresponda.

5.2 Al respecto verificamos que el plazo de la investigación preparatoria concluyó el día 07/06/2011, expidiéndose la disposición N° 03 en la misma fecha, que tiene como finalidad declarar compleja la investigación, ingresado a la mesa de partes del Poder Judicial con fecha 14/06/2011 y notificado a los imputados con fecha 16/06/2011, pretendiendo con ello el ministerio público, justificar la prolongación del plazo de investigación con una declaración de complejidad sin fundamentar los motivos razonables de la misma, apartándose de lo establecido en el octavo fundamento de la sentencia Casatoria N° 02-2008 de fecha 03/06/2008.

5.3 Por otro lado se verifica que los actos contenidos en la disposición N° 03 de fecha 07/06/2011 que resuelve declarar compleja la investigación, son los mismos actos que se dispusieron realizar en la disposición N° 02 de fecha 08/02/2011 que es la formalización de la investigación preparatoria. Entendiéndose que estos ya fueron postulados con fecha 08/02/2011, sin que el ministerio público haya justificado por qué nuevamente pretende reiterar los mismos actos, y de ser el caso si estos ya fueron realizados durante el plazo de 120 días que señala el numeral primero del artículo 342 del código penal adjetivo, y de haberlos efectuados que razones se lo impidieron.

5.4 Por último debemos tener en cuenta que el artículo N° 321 del texto procesal penal, establece que la investigación preparatoria tiene como finalidad reunir los elementos de convicción de cargo y descargo. Esta situación deberá observar el derecho fundamental al plazo razonable, compartiendo por ello el suscrito el criterio de la Suprema Sala Penal en que toda diligencia razonable no podría ser mayor al plazo máximo establecido en las normas procesales.

VI. DECISIÓN

6.1 **Declarar fundado el pedido de control de plazo** efectuado mediante escrito de fecha 10/06/2011.

6.2 Sin efecto la disposición N° 03 de fecha 07/06/2011 que declara complejo la investigación preparatoria, así como los actos efectuados con posterioridad a la misma.

6.3 Dar por concluida la investigación preparatoria debiendo el ministerio público pronunciarse en el plazo de diez días, solicitando sobreseimiento o formulando acusación según corresponda, bajo responsabilidad funcional. **Notifíquese.**

Tutela de Derechos

SUBCAPÍTULO V

TUTELA DE DERECHOS:**20****LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA**

"[...] Ha quedado demostrado que el Fiscal Miguel Wesly Astete Reyes al exigir al abogado defensor que venga con firma del imputado para admitirle su apersonamiento y otras peticiones, ha vulnerado los derechos de la defensa técnica, a pesar que en la Carpeta Fiscal obra la manifestación del imputado con participación del abogado que formula la presente tutela. Por tanto, el cuestionamiento hecho por la defensa del imputado, tiene lugar en la manifiesta vulneración al derecho de defensa del imputado Jhon Chosec Choque. Aclárese que el imputado puede hacer valer por sí mismo, o través de su abogado defensor".

Base Legal: Const.: Art. 139.14°; NCPP: Arts. IX, 71.1°, 71.2°, 71.4°, 84°; LOPJ: Art. 290°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO
CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE CUSCO**

EXPEDIENTE	: 1139-2010-34
JUEZ	: REYNALDO OCHOA MUÑOZ
MINISTERIO PÚBLICO	: FISCALÍA DE TURISMO Y PATRIMONIO CULTURAL DE CUSCO
IMPUTADO	: JHON CHOSEC CHOQUE
AGRAVIADO	: ROBIN SEUNG HOON LEE
ASISTENTE	: NAYDA CASTILLO CRUZ
DELITO	: HURTO AGRAVADO

Resolución N° Dos
Cusco, veintinueve de octubre
Del año dos mil diez

I. PARTE EXPOSITIVA:

El doctor Hans Berly Ríos Mostajo, Abogado Defensor Público en representación del imputado Jhoan Chosec Choque con fecha veintidós de octubre del dos mil diez, presenta solicitud de tutela de derechos contra el doctor Miguel Wesly Astete Reyes en calidad de Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Turismo y Patrimonio Cultural del Cusco, argumentando que en fecha ocho de septiembre del presente año participó activamente en la manifestación de su defendido y que en fecha cinco de octubre del año en curso, se apersonó a la investigación en sede fiscal, siendo que con fecha siete de octubre del dos mil diez mediante providencia 01-2010, el fiscal señala que "previamente venga con la firma de su patrocinado", por lo que en fecha doce de octubre del dos mil diez solicitó al Ministerio Público reconsiderare su decisión y se le tenga como apersonado en patrocinio del imputado, habiendo el Fiscal declarado improcedente lo solicitado. La audiencia pública de tutela de derechos se realizó en el día de la fecha veintinueve de octubre del dos mil diez en la Tercera Sala de Audiencias de los Juzgados de Investigación Preparatoria de Cusco, con la presencia de la abogada Defensora Pública Gloria Diana Escalante Aedo, designada por la Defensoría Pública del Cusco para participar en dicha diligencia y el Fiscal Adjunto de Turismo doctor Miguel Wesly Astete Reyes, habiendo el juez diferido la decisión por resolución escrita.

II. PARTE CONSIDERATIVA:**1. Antecedentes**

1.1. Con fecha veinte de septiembre del dos mil diez, el doctor José Manuel Mayorga Zarate Fiscal Provincial Titular de la Fiscalía de Turismo, dictó disposición de formalización de investigación preparatoria contra Jhon Chosec Choque, por el delito de hurto agravado sobre bienes que forman el equipaje de viajero en grado de consumado tipificado en el artículo 186°, 5° del Código Penal en agravio del turista Brasileño Robin Seung Lee, argumentando que el día 4 de setiembre de 2010 el turista brasileiro ROBIN SEUNG HOON LEE arriba a la ciudad del Cusco y a horas 21.30 se hospeda en el hospedaje Qoñy Wasi ubicado en la calle Tigre N° 124. El día siguiente 5 de setiembre de 2010, sale en un tour hacia la Ciudadela de Machupicchu dejando su mochila de viaje al encargado del hospedaje JHON CHOSEC CHOQUE a quien además le comunica que en uno de los compartimientos estaba su celular Black Berry, indicando el encargado que no había problema que ahí nada se perdía. Retornando el turista el mismo día a horas 21.45 aproximadamente solo para recoger

su mochila del hospedaje, por cuanto un taxi lo esperaba para inmediatamente llevarlo al Terminal Terrestre del Cusco y tomar el bus de la empresa Universal con rumbo a Puno, en el interior de dicha unidad se percató que su celular Black Berry no estaba en ninguno de los compartimientos de su mochila. Razón por la que el día 8 de setiembre de 2010 al retornar de su viaje a la ciudad de Cusco, a horas 07.45 el turista se apersonó a la tripulación policial de la móvil YO-8350 de servicio en la Plaza de Armas denunciando que fue víctima de Hurto de su celular modelo Black Berry de color negro N° (11) 71215205, valorizado en US\$ 250.000 doscientos dólares americanos en el hospedaje Qoñy Wasi. Inmediatamente se realizó la constatación con presencia Fiscal en el hospedaje antes mencionado, donde el nochero JHON CHOSEC CHOQUE reconoce haber cogido el celular del turista, que ya lo había vendido, empero facilita su recuperación, constituyéndonos rápidamente en el Centro Comercial El Paraíso donde llegamos al stand K-10 atendido por JAMES JOSIP TORRES JORDÁN, quien colaboró en la recuperación del aparato que ya había sido vendido a un tercero.

1.2. Con fecha ocho de septiembre dos mil diez, se recibió la manifestación del imputado Jhon Chosec Choque, donde participó activamente el abogado Defensor Público Hans Berly Ríos Mostajo, lo cual ha quedado acreditado en el debate por la misma información proporcionada por el señor Fiscal a cargo del caso.

1.3. Con fecha cinco de octubre del año dos mil diez, el Defensor Público en calidad de abogado que participó en la manifestación del imputado se apersonó a la Fiscalía.

1.4. Con fecha siete de octubre del dos mil diez, el Fiscal Miguel Wesly Astete Reyes mediante providencia número uno dispuso que al abogado defensor público previamente venga con la firma del patrocinado.

1.5. Con fecha doce de octubre del dos mil diez, el defensor público del imputado solicitó reconsiderare el Fiscal su decisión y se le tenga por apersonado a fin de no recurrir vía jurisdiccional en vía de tutela.

1.6. Con fecha veintidós de octubre del dos mil diez, el Fiscal Miguel Wesly Astete Reyes, mediante providencia número dos declara improcedente lo solicitado por el defensor público.

2. La tutela de derechos en el Nuevo Código Procesal Penal

2.1. El artículo 71.4° del Código Procesal Penal del 2004 –en adelante CPP– prescribe que “cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones (artículo 71.2°), o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan”. Como se advierte, la audiencia de tutela tiene un alcance amplio de protección de los derechos de imputado reconocidos en la Constitución y las leyes, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso (artículo 71.1°).

2.2. La audiencia de tutela de derechos en principio está dirigido a la protección efectiva de los derechos del imputado descritos -de modo enunciativo- en el propio artículo 71.2°, como son los siguientes: a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda; b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata; c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor; d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia; e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

2.3. En adición a la protección contra la vulneración de los derechos al interior del proceso antes anotados, nada obsta que cualquier otro derecho fundamental, sustantivo o procesal reconocido a favor del imputado en la Constitución, el Código Penal, el Código Procesal Penal o en cualquier otra norma del ordenamiento jurídico nacional o en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, también puedan ser protegidos o restituidos en caso sean vulnerados por cualquier órgano oficial de persecución penal, sea Policía Nacional o Ministerio Público como consecuencia de una investigación de naturaleza jurídico penal, ello por tener ambas autoridades determinadas atribuciones coercitivas en la persona y bienes del investigado, tómesese como referencia la serie de medidas restrictivas de derechos que pueden

disponerse o ejecutarse directamente en situación de flagrancia, sin que medie autorización judicial previa.

En resumen, la audiencia de tutela de derechos necesariamente está conectada o vinculada a la vulneración de los derechos de un ciudadano sobre el que recae una imputación de contenido penal en el contexto de un proceso, entendido en su sentido amplio de cualquier acto de imputación criminal por los órganos oficiales de persecución.

3. Tutela de derechos por vulneración a la defensa en la investigación preparatoria

3.1. Uno de los derechos que la ley otorga al imputado, recogido en el inciso 2° literal c) del artículo 71° del Código Procesal Penal, es precisamente el de ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor. Este derecho corresponde al derecho de defensa, desarrollado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, al prescribir que toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio (Defensor Público) desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que se prepare su defensa; a ejercer su auto defensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado de procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

3.2. Bajo estos fundamentos, la ley (artículo 84 del Código Procesal penal) confiere al abogado defensor el derecho de (inciso 6) presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite. Asimismo (inciso 7) tener acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como para obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.

3.3. El inciso 1° del artículo 71° del Código Procesal Penal refiere que “El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso”.

3.4. El Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el primer párrafo del artículo 290° regula la presentación de escritos del modo siguiente: “En los procesos, sin necesidad de la intervención de su cliente, el abogado puede presentar, suscribir ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que requiere poder especial con arreglo a ley”. El segundo párrafo de esta norma faculta inclusive al abogado para interponer medios impugnatorios en representación de su cliente sin poder especial.

3.5. En esta línea de ideas, se justifica la relevancia de la tutela de derechos ante la exigencia del Fiscal en requerir al abogado defensor que previamente venga con la firma del imputado o de su patrocinado, lo cual constituye una clara vulneración al derecho de defensa que ha sido desarrollado normativamente en los numerales anteriores.

3.6. GIMENO SENDRA define el derecho de defensa como el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente¹.

3.7. Según GUZMÁN para que el contradictorio pueda ser realizado satisfactoriamente y para que el derecho de defensa no sea violado, deben cumplirse los siguientes requisitos: a) Que el imputado conozca en qué consiste la acusación y cuáles son las pruebas ya constituidas que la confirmarían; b) Que se le reconozca la facultad de buscar las fuentes de pruebas, para su correcta aplicación, el contradictorio exige también la paridad de armas entre la acusación y la defensa, c) Que pueda participar activamente en la formación del material probatorio y cuando se trate de pruebas producidas en instancias anteriores, que pueda realizar un adecuado control sobre ellas. El contradictorio opera en dos niveles distintos: en un primer nivel, como principio para la formación de la prueba; en un segundo nivel, como principio para el control de la prueba

¹ GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Derecho Procesal Penal. Editorial CoLex, Madrid, 1997, p.68.

ya producida. En fórmulas reducidas, contradictorio para la prueba y contradictorio sobre la prueba ².

3.8. Formalizada la investigación ante el Juez de Investigación Preparatoria adquiere mayor exigencia el respeto al derecho de defensa, en la medida que existe una imputación y un imputado claramente individualizado. Si bien es cierto que conforme al artículo 324° del CPP la investigación tiene carácter reservado, ello está pensado para terceras personas ajenas al conflicto jurídico-penal, en tanto que las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados podrán enterarse de su contenido e incluso obtener copia simple de las actuaciones en cualquier momento (inciso 1°). El pleno acceso a la información de la investigación por el sólo hecho de tener la condición de parte, puede ser limitado excepcionalmente, cuando el Fiscal ordene que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de veinte días, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación (inciso 2°). Fuera de la reserva excepcional y perentoria de un determinado acto indagatorio por razones objetivas de eficacia, se reconoce el ejercicio del derecho de defensa para todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala (artículo IX.1° del CPP).

3.9. La forma y oportunidad del ejercicio del derecho de defensa en la investigación, está regulado en el artículo 338.1° del CPP “el Fiscal podrá permitir la asistencia de los sujetos procesales en las diligencias que deba realizar, salvo las excepciones previstas por la Ley. Esta participación está condicionada a su utilidad para el esclarecimiento de los hechos, a que no ocasione perjuicio al éxito de la investigación o a que no impida una pronta y regular actuación”. La norma hace alusión a que el Fiscal “podrá permitir la asistencia a las diligencias”, lo que supone como antecedente lógico la siguiente secuencia: 1) Conocimiento de la diligencia a través de la oportuna notificación de los sujetos procesales; 2) Presencia del sujeto procesal en la diligencia indagatoria por sí mismo o a través de su abogado; 3) Participación del sujeto procesal en el control de producción de la prueba. No obstante lo expuesto, el Fiscal como director de la investigación preparatoria, antes o durante la diligencia probatoria está facultado para no permitir la asistencia o participación de los sujetos procesales en la misma, cuando existan hechos impeditivos objetivos, razonables y demostrables de su pronta y regular actuación.

3.10. La regla será la asistencia del sujeto procesal en forma directa o mediante su abogado a las diversas diligencias de recolección del material probatorio en la investigación preparatoria tendientes a determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado (artículo 321.1°). Quienes si no los propios actores principales del drama penal compuesto por el imputado y la víctima, los que sin duda tienen mayor legitimidad e interés para obrar en la formación y control de las pruebas tendientes a confirmar o descartar la noticia criminal desde el inicio de la investigación. Por tanto, la limitación a la participación de aquellos en alguna diligencia indagatoria, estará supeditado como lo exige el artículo 338.1° del CPP a que se perjudique objetivamente el éxito de la investigación o que se impida una pronta y regular actuación, lo que será definido en cada caso concreto por el Fiscal, pudiendo la parte afectada con tal decisión acudir vía tutela de derechos al Juez de Investigación Preparatoria para controlar la razonabilidad de tal impedimento, como lo ha hecho el defensor público del imputado por estar recortando el derecho de la defensa técnica por parte del Fiscal a cargo del caso.

4. Solución

4.1. En el caso de autos, ha quedado demostrado que el Fiscal Miguel Wesly Astete Reyes al exigir al abogado defensor que venga con firma del imputado para admitirle su apersonamiento y otras peticiones, ha vulnerado los derechos de la defensa técnica, a pesar que en la Carpeta Fiscal obra la manifestación del imputado con participación del abogado que formula la presente tutela. Por tanto, el cuestionamiento hecho por la defensa del imputado, tiene lugar en la manifiesta vulneración al derecho de defensa del imputado Jhon Chosec Choque. Aclárese que el imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor,

4.2. Por lo expuesto, deberá ampararse el pedido de tutela de derechos al haberse acreditado la vulneración del derecho de defensa del imputado, por consiguiente tratándose de un derecho fundamental reconocido en el artículo 139°, incisos 14° de la Constitución Política del Estado, resulta aplicable la sanción de nulidad absoluta de las providencias fiscales uno y dos de investigación de marras en aplicación del artículo 150°, incisos a) del CPP, por lo que la Fiscalía a cargo del caso deberá proceder conforme a ley tomando en cuenta lo observado en la presente resolución.

² GUZMÁN, Nicolás. La Verdad en el Proceso Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 141-143.

Por estas consideraciones, **SE RESUELVE:**

III. PARTE RESOLUTIVA:

FUNDADA la solicitud de tutela de derechos presentada por el doctor Hans Berly Ríos Mostajo en calidad de abogado defensor público del imputado Jhon Chosec Choque, en contra del Fiscal doctor Miguel Wesly Astete Reyes, en consecuencia, **DECLÁRESE** la nulidad absoluta de las providencias fiscales uno y dos. **CONSECUENTEMENTE** deberá renovarse y corregirse de acuerdo a ley la petición de apersonamiento y las peticiones hechas por el abogado defensor público del imputado. **NOTIFÍQUESE** a las partes en sus domicilios procesales.

Acción Civil

SUBCAPÍTULO VI

ACTOR CIVIL:**PRELACIÓN DEL ORDEN SUCESORIO PARA SU CONSTITUCIÓN**

"[...] Resulta pertinente citar el artículo 99° del Código Procesal Penal, en tanto prescribe que tratándose de concurrencia de peticiones, se resolverá siguiendo el orden sucesorio previsto en el Código Civil y, que, tratándose de herederos que se encuentren en mismo orden sucesorio, deberán designar apoderado común o ser designado por el Juez, en caso no haya acuerdo común".

"[...] Por tanto, es evidente que, en este caso concreto, el primer orden de la vocación sucesoria corresponde a la hija del occiso, circunstancia que de por sí excluye a don Claudio Nazario Dioses Olaya, quien, se encuentra en segundo orden, circunstancia que conlleva a desestimar su solicitud".

Base Legal: CC: Art. 816°; NCPP: Arts. 98°, 99°, 100°, 104°, 105°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE ZARUMILLA**

EXPEDIENTE	: 2010-025-03-JIPZ
JUEZ	: OSWALDO S. VELARDE ABANTO
IMPUTADO	: DANIEL RAFAEL ROQUE BRUNO
AGRAVIADO	: JOSÉ RAUL DIOSES JURADO
ASISTENTE DE CAUSAS	: ERIKA VALDIVIESO BACA
ASISTENTE DE AUD.	: MARLENE DEL ROSARIO URBINA QUISPE
DELITO	: HOMICIDIO SIMPLE

Resolución N° Cuatro
Zarumilla, dos de marzo
Del año dos mil diez

AUTOS y VISTOS, DADO CUENTA en la fecha con el presente cuaderno pendiente de resolver; conforme a su estado procesal; y, **CONSIDERANDO:**

Primero.- Que, de conformidad con lo prescrito por los artículos 98° y siguientes del Código Procesal Penal, la facultad reparatoria en el proceso penal podrá ser ejercida por quien resulte perjudicado por el delito; siendo que, la solicitud respectiva deberá presentarse ante el Juez de garantías hasta antes de culminada la investigación preparatoria y observando los requisitos previstos en el artículo 100° del citado cuerpo normativo, bajo sanción de inadmisibilidad, en caso de incumplimiento.

Segundo.- Que, de la revisión del presente cuaderno, se verifica que mediante escrito de folios cinco, don Claudio Nazario Dioses Olaya y doña Diana Jesús Requena Vásquez, en sus condiciones de padre y conviviente, respectivamente, de quien en vida fuera el agraviado José Raúl Dioses Jurado, solicitan de manera conjunta al Juzgado se les constituya parte civil (debiendo entenderse actor civil) en la investigación del cual se deriva este cuaderno, petición que fuera declarada inadmisibile en su momento.

Tercero.- Que, posterior a ello, Diana Del Jesús Requena López, mediante escritos de folios doce y siguientes, así como Claudio Nazario López Olaya, mediante escrito de folios catorce y siguientes, en escritos independientes han subsanado las omisiones y reiterado su petición, de la cual se ha corrido traslado a los demás sujetos procesales para los fines de ley. En tal sentido, no habiéndose presentado oposición alguna a las solicitudes, corresponde a este Juzgado emitir el pronunciamiento respectivo.

Cuarto.- Que, con el acta de nacimiento que obra a folios tres, se acredita de manera indubitable que quien en vida fue José Raúl Dioses Jurado y la recurrente Diana Del Jesús Requena López han procreado una hija de nombre Melany Fabiana Dioses Requena, quien ha nacido el día dieciséis de septiembre del año dos mil cinco; por tanto, queda probado de modo indubitable el parentesco consanguíneo entre el mencionado occiso y la referida niña así como la relación materno filial entre la hija del occiso y la recurrente. Así también, con el acta de defunción de folios cuatro, se acredita que, efectivamente, el occiso ha sido hijo del recurrente Claudio Nazario Dioses Jurado, por ende, queda acreditado también el entroncamiento familiar, dado el vínculo de consanguinidad habido entre ambos.

Quinto.- Que, frente a las peticiones, resulta pertinente citar el artículo 99° del Código Procesal Penal, en tanto prescribe que tratándose de concurrencia de peticiones, se resolverá siguiendo el orden sucesorio previsto en el Código Civil y, que, tratándose de herederos que se encuentren en mismo orden sucesorio, deberán designar apoderado común o ser designado por el Juez, en caso no haya acuerdo común.

Sexto.- Que, en consecuencia, resulta inevitable remitirnos a las normas del Código Civil, para establecer el orden sucesorio y determinar la situación en la que se encuentra cada uno de los peticionantes; siendo que conforme al Artículo 816 CC, "... Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad ..."; por tanto, es evidente que, en este caso concreto, el primer orden de la vocación sucesoria corresponde a la hija del occiso, circunstancia que de por sí excluye a don Claudio Nazario Dioses Olaya, quien, se encuentra en segundo orden, circunstancia que conlleva a desestimar su solicitud.

Sétimo.- Que, es de precisar asimismo, que si bien la vocación sucesoria corresponde a la hija del agraviado, sin embargo, dada su minoría de edad aquella no puede ejercer por sí misma sus derechos en el proceso, debiendo en este caso ser ejercida por su representante legal, es decir la recurrente Diana Del Jesús Requena López en su condición de madre de la misma, mas no así por el padre del occiso, máxime si no se acredita que la recurrente haya sido privada de ejercer la patria potestad de la mencionada menor. Por estas consideraciones; de conformidad con lo prescrito por las normas legales citadas precedentemente, **SE RESUELVE:**

1.- DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de constitución en parte civil (entiéndase actor civil) efectuada por el señor Claudio Nazario Dioses Olaya, mediante escrito de folios uno, subsanado a folios catorce y siguiente.

2.- DECLARAR FUNDADA la solicitud de constitución en parte civil (entiéndase actor civil) efectuada por Diana Del Jesús REQUENA LOPEZ, mediante escrito de folios uno, subsanado a folios doce y siguiente, en consecuencia:

3.- CONSTITUIR EN ACTOR CIVIL en la presente investigación a Diana Del Jesús REQUENA LOPEZ, en representación de la menor Melany Fabiana DIOSES REQUENA; pudiendo, a partir de la fecha, ejercer las facultades previstas en los artículos ciento cuatro y ciento cinco del Código Procesal Penal. **Notifíquese** conforme a ley.

TERCERO CIVIL:**OPORTUNIDAD Y FORMA PARA SU INCORPORACIÓN**

"[...] Este Juggado asume el criterio que, la exigencia normativa es que la solicitud o requerimiento de incorporación de tercero civil se realice antes de la culminación de la etapa de investigación preparatoria, pudiendo ser resuelta con posterioridad; circunstancia cumplida en el caso de autos".

"[...] Respecto a la incorporación de Erick Daniel Salvador Jara, este Juggado considera que el Ministerio Público no ha logrado acreditar que el pretendido tercero civil sea propietario, total o parcialmente, del automóvil participante en el accidente; pues, si bien se alega que por su propia versión es el propietario del indicado bien, habiendo inclusive alquilado al hoy acusado; sin embargo, ello no enerva la validez y eficacia probatoria de la tarjeta de propiedad antes citada, en la cual, como se reitera, se consigna a la empresa de transportes 11 de noviembre como la propietaria del vehículo".

Base Legal: NCPP: Arts. 100º, 101º, 102º, 111.1º, 111.2º, 112º, 113º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE ZARUMILLA**

EXPEDIENTE	: 2010-045-02-JIPZ
JUEZ	: OSWALDO S. VELARDE ABANTO
MINISTERIO PÚBLICO	: SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE ZARUMILLA
IMPUTADO	: JAVIER OSWALDO GÓMEZ CRUZ
AGRAVIADO	: EDGAR IVAN DELGADO CORNEJO
ASISTENTE DE CAUSAS	: FABY MERCADO SANDOVAL
ASISTENTE DE AUD.	: VÍCTOR ODAR BARRETO
DELITO	: LESIONES CULPOSAS LEVES

Resolución N° Ocho
Zarumilla, nueve de julio
Del año dos mil diez

VISTOS Y OIDOS; los alegatos de las partes en audiencia pública, según acta de su propósito inserta en autos; y, **CONSIDERANDO:**

Primero.- Que, mediante escrito de folios catorce y siguientes, el señor Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Zarumilla solicita a este Juggado la incorporación como Tercero Civil en esta causa penal a la persona de la Empresa de Transportes 11 de noviembre SRL, así como de Salvador Jara Erick Daniel, petición que la hace –según sostiene- con la finalidad de hacer efectiva la reparación civil a establecerse en la sentencia.

Segundo.- Que, en la audiencia respectiva, la señorita Fiscal ha expresado que su requerimiento se basa en que el propietario del vehículo que causó el accidente de tránsito es la Empresa antes mencionada, es decir Empresa de Transportes 11 de noviembre SRL; pero también solicita la incorporación de Erick Daniel Salvador Jara, en razón a que éste, en su propia declaración, señaló ser propietario del vehículo en mención y haber contratado a Javier Oswaldo Gómez Cruz, como chofer del vehículo, lo cual ha sido confirmado por la empresa en mención donde han señalado que el vehículo ha sido dado como aporte a la empresa por la esposa de aquel.

La defensa del actor civil, ha petitionado se declare fundado el requerimiento fiscal, pues, si bien se acredita formalmente la propiedad del vehículo a nombre de la empresa; sin embargo, Salvador Jara ha reconocido ser el propietario del bien, además de haber contratado al chofer.

Tercero.- Que, a su turno, la defensa de Erick Daniel Salvador Jara ha solicitado se desestime el requerimiento fiscal porque, según sostiene, conforme los artículos 100º y 103º del Código Procesal Penal, la incorporación de tercero civil debe efectuarse dentro de la etapa de investigación preparatoria; sin embargo, en este caso se ha llamado a audiencia luego que se ha dado por concluida la investigación, inclusive luego de haber corrido traslado con la acusación fiscal, por lo que se ha incurrido en una causal de nulidad al no

poder ofrecer pruebas ya que hasta la fecha ha participado solo como testigo, situación que no le permite tal potestad.

Cuarto.- Que, conforme se presentan las circunstancias en este cuaderno, esto es, por un lado, el cuestionamiento a la oportunidad para la incorporación del tercero civil; y, por otro lado, se solicita la incorporación de dos personas (una natural y una jurídica) como terceros civilmente responsables en esta causa penal, se considera necesario analizar de modo previo e independiente cada una de estas situaciones; conforme se hará en seguida.

Quinto.- Que, respecto a la oportunidad del requerimiento formulado, nuestro ordenamiento jurídico procesal ha previsto normas específicas para ello, tal es el caso del artículo 111°, inciso 2, (norma de carácter especial) en tanto prescribe que "...la solicitud deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100°-102°..." con lo cual queda claro que la exigencia normativa es que la solicitud deberá ser formulada ante el Juez, antes que concluya la investigación preparatoria, mas no así que la resolución en la que se resuelva dicha pretensión debe ser emitida antes que ello se produzca, como sostiene el abogado defensor. Ahora bien, es cierto que esta norma nos remite a los artículos 100° (referido a los requisitos para constituir en actor civil) lo que serán exigibles conforme a la naturaleza en los requerimientos de tercero civil; y, al artículo 102° (referido al trámite a seguir en caso de una solicitud de constitución en tercero civil); mas no hace referencia al artículo 101°, en razón precisamente que, como se reitera, la oportunidad ha sido prevista de modo expreso en el artículo 111° ya mencionado.

Sexto.- Que, en este sentido, el Juggado no comparte la tesis esbozada por el señor abogado defensor del pretendido tercero civil en el sentido que basta la interpretación literal del artículo citado para determinar que la norma no está referida a la presentación del requerimiento sino a la constitución misma; el Juggado considera que admitir tal postura como regla en este caso, implica asumir también que toda pretensión de constitución en actor civil o de tercero civil necesariamente debe ser declarada fundada, pues la norma se refiere literalmente a constitución del actor civil y no hace referencia a desestimación o rechazo de la solicitud que con tal finalidad se formulen. Razonamiento que -como resulta evidente- no resiste el más mínimo análisis jurídico, más aún si el artículo 111°, inciso 2, es expreso en este aspecto al referirse a solicitud. Por tanto, este Juggado asume el criterio que, la exigencia normativa es que la solicitud o requerimiento de incorporación de tercero civil se realice antes de la culminación de la etapa de investigación preparatoria, pudiendo ser resuelta con posterioridad; circunstancia cumplida en el caso de autos, por lo que corresponde analizar el fondo de la pretensión y determinar si merece o no ser amparada.

Sétimo.- Que, respecto a la incorporación de la EMPRESA DE TRANSPORTES 11 DE NOVIEMBRE SRL, como tercero civil, es de precisar que conforme a los actuados, específicamente la tarjeta de propiedad que en copia obra a folios treinta y no de la carpeta fiscal que se ha tenido a la vista, se acredita de modo fehaciente que la empresa en mención es la propietaria del automóvil de placa de rodaje SC-5473, clase station wagon, marca toyota, modelo corolla DX, color blanco; lo cual es corroborado con el certificado de SOAT que en copia obra a folios treinta y dos; por tanto, al haber participado dicho vehículo en el accidente de tránsito que generó las lesiones materia de investigación en esta causa, la responsabilidad civil derivada del delito les es inherente, y por tanto, la pretensión de incorporación como parte procesal en esta causa tiene sustento.

Octavo.- Que, respecto a la incorporación de Erick Daniel Salvador Jara, este Juggado considera que el Ministerio Público no ha logrado acreditar que el pretendido actor civil sea propietario, total o parcialmente, del automóvil participante en el accidente; pues, si bien se alega que por su propia versión es el propietario del indicado bien, habiendo inclusive alquilado al hoy acusado; sin embargo, ello no enerva la validez y eficacia probatoria de la tarjeta de propiedad antes citada, en la cual, como se reitera, se consigna a la empresa de transportes 11 de noviembre como la propietaria del vehículo, lo cual es más bien coincidente con el otro argumento expuesto por el propio Ministerio Público en audiencia, en el sentido que, tal vehículo ha sido aportado a la Empresa por la esposa de Salvador Jara; siendo esto así, este Juggado considera que como persona natural no le asiste responsabilidad civil respecto al delito, por lo que deberá rechazarse la pretensión de incorporación como tercero.

Noueno.- Que, se alega en audiencia la presunta afectación al derecho a la defensa al no poder ofrecer sus medios de prueba; sin embargo, se considera que tal alegación no tiene sustento en tanto que, si bien es cierto se ha emitido ya requerimiento acusatorio por parte del Ministerio Público; sin embargo, no se señala aún fecha para la realización de la audiencia preliminar de control de acusación, lo cual puede hacerse previo traslado de aquella al tercero civil, quien tiene aún la oportunidad para, si lo considera pertinente, ofrecer

Los medios de prueba que estime útiles y pertinentes a su derecho. Es decir, no se evidencia ni acredita en esta oportunidad que se haya generado un grave e irreparable perjuicio a ninguna de las partes, motivo por el cual el trámite del proceso deberá seguir su curso según su estadio procesal.

Por estas consideraciones y al amparo de los dispositivos legales antes citados, **SE RESUELVE:**

1.- DECLARAR FUNDADA EN PARTE el requerimiento de incorporación de TERCERO CIVIL efectuado por el representante del Ministerio Público mediante escrito de folios catorce y siguientes, y sustentado oralmente en audiencia; en consecuencia:

2.- INCORPORAR COMO TERCERO CIVIL en esta causa penal a la EMPRESA DE TRANSPORTES 11 DE NOVIEMBRE S.R.L., empresa que deberá ser notificada en su domicilio legal y procesal, con la formalización de investigación preparatoria, requerimiento acusatorio, la presente y demás resoluciones que se emitan en adelante, a fin de que ejerza su defensa según estime pertinente.

3.- DECLARAR INFUNDADA la pretensión de incorporación de ERICK DANIEL SALVADOR JARA como tercero civil en esta causa penal.

4.- AGREGAR copia certificada al cuaderno principal, una vez quede consentida o ejecutoriada la presente resolución. **Notifíquese** conforme a Ley.

Terminación Anticipada

SUBCAPÍTULO VII



TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO:

OPORTUNIDAD DE SU CELEBRACIÓN

"[...] La Fiscalía [...] el proceso de terminación anticipada podrá instarse hasta antes de formularse acusación fiscal y al no haber formulado acusación podía requerir la terminación anticipada; pero esta interpretación que hace la Fiscalía es restrictiva y literal y no sistemática ni concordada con normas del mismo cuerpo legal normativo, es cierto que el requerimiento de terminación anticipada procederá una vez expedida la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria regulado en el artículo 336° del Código Procesal Penal y hasta antes de formularse acusación fiscal; pero en el caso de autos la Fiscalía dio por concluida la investigación preparatoria y por lo tanto solo podía acusar o pedir el sobreseimiento y si la Fiscalía pretendía la terminación anticipada debió requerirlo antes de concluir la investigación preparatoria y al haberlo hecho ha desnaturalizado el procedimiento".

Base Legal: CP: Arts. 427°, 434°; NCPP: Arts. 31°, 150°, 343.1°, 344.1°, 468.1°, 469°; AP: N° 05-2009/CJ-116

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE CUSCO

EXPEDIENTE	: 065-2011- 7-1001-JR-PE-04
JUEZ	: REYNALDO OCHOA MUÑOZ
MINISTERIO PÚBLICO	: PRIMERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL DE WANCHAQ
IMPUTADO	: JAVIER SOLÍS HUAMANTALLA Y OTROS
AGRAVIADO	: EL ESTADO
ESPECIALISTA	: CARMEN ROSA CHAMPI MENDOZA
DELITO	: FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS Y OTRO

Resolución N° Tres
Cusco, ocho de julio
Del año dos mil once

PARTE EXPOSITIVA

Que en fecha 19 de enero del 2011 mediante Disposición Fiscal N° 1 La Primera Fiscalía Provincia Penal de Wanchaq, a cargo de la doctora Andronika Zans Rivera, dispuso la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra los ciudadanos Javier Solís Huamantalla, Elsa Mariluz Gómez Flores y Nancy Sapacayo Gil, como presuntos co-autores del delito de falsificación de documentos públicos y empleo de sellos falsos, en agravio del Estado representado por la Dirección Regional de Educación, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, así como en agravio de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco (folios 2-8 Exp. 65-2011-0-1001-JR-PE-04).

En fecha 01 de junio del 2011 la fiscalía a cargo del caso presenta al Juggado de Investigación Preparatoria la Disposición Fiscal N° 5 de fecha 23 de mayo del 2011 (folios 56-65 - Exp. 65-2011-0-1001-JR-PE-04) disponiendo lo siguiente. a) Dar por concluida la investigación preparatoria seguida en contra de Javier Solís Huamantalla, por el delito contra la fe pública sub tipo falsificación de documentos en general, en su modalidad de falsificación de documentos públicos ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 427° del Código Penal y por el delito contra la fe pública sub tipo falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales, en su modalidad de fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales previsto en el artículo 434° del acotado cuerpo normativo en agravio del Estado, representado por la Dirección Regional de Educación y la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco. b) Dispone formular el correspondiente requerimiento fiscal contra Javier Solís Huamantalla, por el delito contra la fe pública sub tipo falsificación de documentos en general, en su modalidad de falsificación de documentos públicos ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 427° del Código Penal y por el delito contra la fe pública sub tipo falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales, en su modalidad de fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales (empleo de sellos falsos) delito previsto y sancionado en el artículo 434° del acotado cuerpo normativo en agravio de la Dirección Regional del Educación y de la Universidad San Antonio Abada del Cusco en el plago de ley disponiendo que los actuados se pongan en Despacho Fiscal para los fines de ley. c) Dispone formular requerimiento de sobreseimiento de la causa seguida contra Elsa Mariluz Gómez Flores y Nancy Sapacayo Gil, por el delito contra la fe pública sub tipo falsificación de documentos en general, en su modalidad de falsificación de documentos públicos ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 427° del Código Penal y

por el delito contra la fe pública sub tipo falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales, en su modalidad de fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales (empleo de sellos falsos) previsto en el segundo párrafo del artículo 434° del acotado cuerpo normativo en agravio de la Dirección Regional de Educación, Universidad San Antonio Abad del Cusco y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Cusco, y respecto de Javier Solís Huamantalla por el delito contra la fe pública sub tipo falsificación de documentos en general, en su modalidad de falsificación de documentos públicos ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 427° del Código Penal y por el delito contra la fe pública sub tipo falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales, en su modalidad de fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales previsto en la primera parte del primer párrafo del artículo 427° del Código Penal, y por el delito contra la fe pública, sub tipo falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales, en la modalidad de fabricación o falsificación en la modalidad de fabricación o falsificación de sellos y timbres oficiales (empleo de sellos falsos) delito previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 434° del acotado cuerpo normativo, en agravio del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Cusco.

En fecha 01 de junio del 2011 el imputado Javier Solís Huamantalla y la doctora Andronika Zans Rivera Fiscal Provincial Penal de Wanchaq, presentan el acta de acuerdo provisional sobre la pena, reparación civil y demás consecuencias accesorias para la celebración de la audiencia de terminación anticipada de proceso (folio 2-14) el mismo que se ha dado trámite por la Especialista de Causa la doctora Carmen Rosa Champi mediante resolución 1° y 2° suscritas por esta última, señalando fecha de audiencia para el día 06 de julio del 2011, la cual se llevó a cabo conforme al registro de audio donde se advirtió lo esbozado precedentemente.

En fecha 03 de junio del 2011, la doctora Andronika Zans Rivera, Fiscal a cargo del caso presenta requerimiento de sobreseimiento a favor de los imputados Elsa Mariluz Gómez Flores y Nancy Sapacayo Gil, por el delito contra la fe pública, sub tipo falsificación de documentos en general, en la modalidad de falsificación de documentos públicos, ilícito penal previsto y sancionado por la primera parte del primer párrafo del artículo 427 del Código Penal y por el delito contra la fe pública, sub tipo falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales en la modalidad de fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales (empleo de sellos falsos), delito previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 434° del acotado cuerpo normativo, en agravio de la Dirección Regional de Educación, Universidad San Antonio Abad del Cusco y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Cusco y a favor de Javier Solís Huamantalla, por el delito contra la fe pública, sub tipo falsificación de documentos en general en la modalidad de falsificación de documentos públicos, ilícito penal previsto y sancionado por la primera parte del artículo 427° del Código Penal, y por el delito contra la fe pública, sub tipo de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales, en la modalidad de fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales (empleo de sellos falsos) delito previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 434 del acotado cuerpo normativo, en agravio del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Cusco. El requerimiento de sobreseimiento es presentado al Juzgado en fecha 03 de junio y subsanado el 06 de junio del 2011 y el tramitado por la Especialista de Causa la doctora Carmen Rosa Champi Mendoza, mediante resoluciones N° 1, 2° y 3° suscritas por ésta.

La Disposición de conclusión de la investigación preparatoria solo considera al imputado Javier Solís Huamantalla y no a las demás procesadas y en la misma disposición de conclusión de la investigación preparatoria dispone se formule el correspondiente requerimiento fiscal contra Javier Solís Huamantalla y dispone se formule el requerimiento de sobreseimiento de la causa a favor de Elsa Mariluz Gómez Flores y Nancy Sapacayo Gil y Javier Solís Huamantalla.

Que en fecha 06 de julio del 2011 conforme a la programación hecha por la Especialista de Causa la doctora Carmen Rosa Champi se llevó a cabo la audiencia de terminación anticipada donde se advirtió por el A quo que suscribe sobre el trámite del presente proceso conforme a lo esbozado precedentemente y previo a la instalación de la audiencia de terminación anticipada se llevó a cabo el debate respecto a la disposición fiscal de conclusión de la investigación preparatoria, del trámite de los requerimientos de sobreseimiento y de terminación anticipada y concluido el debate se resolvió diferir la resolución correspondiente conforme se tiene del registro de audio y que se emite en el día de la fecha.

PARTE CONSIDERATIVA

El concepto de nulidad desde la perspectiva procesal según SÁNCHEZ VELARDE, citando a CLARIA OLMEDO, sostiene que el "vicio puede consistir en la incorrección en el juicio del juez, contenido en el pronunciamiento, o en la irregularidad del procedimiento a través del cual se produjo. Por su parte. Error es la apreciación de

los hechos o en la consideración del derecho, y la alteración del procedimiento puede atribuírsele a la construcción de la resolución misma o del trámite por el cual se llega a ella”¹

BINDER señala que “las formas procesales, vinculadas siempre a concretas prácticas, institucionales, deben ser pensadas desde tres funciones diferentes:

El sistema de garantías, que solo protege al imputado de la violación de los principios pensados para salvaguardar su persona del uso abusivo del poder penal. Según este sistema, las formas procesales son mecanismos de protección. Las formas son la garantía misma que permite detectar la violación de uno de esos principios (...)

El principio de institucionalización del conflicto, según el cual las formas procesales regulan el derecho de la víctima a la reparación de su ofensa en base a su derecho a la tutela judicial efectiva, pero siempre institucionalizado (prohibición de autodefensa). Dando forma a una protección condicionada, que nace de la idea misma de las limitaciones a la autodefensa.

El principio de objetividad que rige la actividad del Ministerio Público. Según este principio, las formas procesales son mecanismos de orden que conducen al Ministerio Público a la correcta defensa de los intereses a su cargo, que son siempre los de una víctima, particular o colectiva (...)²

La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo. Así lo dice la última parte del inciso 3) y el inciso 4) del Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004.

El derecho de acceso a la justicia de la víctima contemplado en el artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya aplicación en casos de esta índole ha sido corroborados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ratificados por el Perú y actualmente vigentes.

El artículo 343°.1° del Código Procesal penal regula el control del plazo, cuya proposición normativa es la siguiente: “El Fiscal dará por concluida la Investigación Preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto, aun cuando no hubiere vencido el plazo”.

El artículo 344°.1° del Código Procesal Penal regula la decisión del Ministerio Público, cuya proposición normativa es la siguiente: “Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343°, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa”.

La Fiscal a cargo del caso ha dado por concluido la investigación preparatoria para el imputado Javier Solís Huamantalla y por mandato imperativo y de cumplimiento obligatorio del artículo 344°.1° del Código Procesal Penal, la Fiscal solo tiene dos alternativas al concluir la investigación, formular requerimiento de acusación o requerimiento de sobreseimiento y de ninguna manera una tercera opción de requerir el proceso especial de terminación anticipada como lo ha hecho de manera irregular y tramitado indebidamente.

La Fiscalía en el debate ha invocado el artículo 468.1° del Código Procesal Penal precisando que el proceso de terminación anticipada podrá instarse hasta antes de formularse acusación fiscal y al no haber formulado acusación podía requerir la terminación anticipada; pero esta interpretación que hace la Fiscalía es restrictiva y literal y no sistemática ni concordada con normas del mismo cuerpo legal normativo, es cierto que el requerimiento de terminación anticipada procederá una vez expedida la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria regulado en el artículo 336° del Código Procesal Penal y hasta antes de formularse acusación fiscal; pero en el caso de autos la Fiscalía dio por concluida la investigación preparatoria y por lo tanto solo podía acusar o pedir el sobreseimiento y si la Fiscalía pretendía la terminación anticipada debió requerirlo antes de concluir la investigación preparatoria y al haberlo hecho ha desnaturalizado el procedimiento.

Por otra parte la Fiscal a cargo del caso ha requerido el sobreseimiento del proceso para las imputadas Elsa Mariluz Gómez Flores y Nancy Sapacyo Gil y también a favor de Javier Solís Huamantalla, a pesar

¹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho procesal, Editorial IDEMSA, Lima, 2004, Pág. 857.

² BINDER, Alberto Martín, El incumplimiento de las formas procesales. Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1° Edición, Buenos Aires, 2000m Págs. 49, 50.

que para este último ha requerido simultáneamente terminación anticipada por los mismo hechos (Exp. 65-2011-80-1001-JR-PE-04), a pesar que el proceso se encuentra en la segunda etapa del proceso común, es decir en la etapa intermedia y conforme al Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116 que es doctrina legal, en su fundamento jurídico 19° establece que la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no solo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471° del Código Procesal Penal por no cumplir su finalidad político criminal.

Se tiene que en los procesos por pluralidad de hechos punibles (acumulación objetiva) o de imputados (acumulación subjetiva) se requerirá del acuerdo de todo los imputados y por todo los cargos que se incremine a cada uno (artículo 469° del CPP). La acumulación de hechos punibles o de imputados nos remite a la institución de la conexión procesal prevista en el artículo 31° del Código Procesal Penal, para definir la competencia judicial por razones de economía procesal y de seguridad jurídica en cualquiera de los siguientes casos: 1) cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos; 2) cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible como es el caso de autos; 3) cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad criminal haya cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes; 4) cuando el hecho delictivos ha sido cometido para facilitar otro delito o para asegurar la impunidad; 5) cuando se trate de imputaciones recíprocas.

En el proceso especial de terminación anticipada en caso de acumulación objetiva o subjetiva puede presentar los siguientes casos: 1) Acuerdo Total, cuando todo los imputados aceptan el delito inculcado en el cual se expide pronunciamiento judicial de fondo; 2) Acuerdo Parcial, en el caso concreto que uno de los imputados no participe en la audiencia de terminación anticipada por cualquier motivo, no justifica la aprobación del acuerdo ya que este supondría que un mismo hecho se considere cierto y probado gracias a la terminación anticipada e incierto o improbadado por el resultado de la actuación probatoria en juicio, atentando contra el derecho de presunción de inocencia del imputado que no participo en el acuerdo, pero que podría verse perjudicado por las confesiones de los que aceptaron el acuerdo; asimismo, se vulneraría el principio de cosa juzgada si el hecho que sirvió de base para la condena de los sentenciados que aceptaron la terminación anticipada, se considera discutible para las imputadas que no están consideradas en la terminación anticipada. No obstante lo expuesto, el artículo 469° del Código Procesal Penal establece que el juez de la investigación preparatoria podrá aprobar acuerdos parciales si la falta de acuerdo se refiere a delitos conexos y en relación con otros imputados, salvo que ello perjudique la investigación o si la acumulación resulta indispensable. En suma, la posibilidad de aprobar acuerdos parciales ocurrirá en casos de concurso real de delitos regulados en el artículo 50° del Código Penal, cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos independientes, que no son los supuestos de los hechos materia de investigación.

Las nulidades se interponen ante la inobservancia de las normas procesales y constitucionales, al ser estos requisitos sine qua non, para que el acto procesal produzca sus efectos normales; por lo que la existencia de un vicio que altere sustancialmente los fines del proceso y por ende la decisión que en él a recaer, incurre en nulidad absoluta y ésta no será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declaradas aun de oficio, así lo regula el artículo 150° del Código Procesal Penal.

De esta manera conforme a lo esbozado los requerimientos fiscales dentro de la investigación preparatoria son actos encomendados exclusivamente a los fiscales, quienes en el ejercicio de sus funciones tienen responsabilidad civil, disciplinaria y penal, comprometiendo además, con sus actos, si son injustificadamente erróneos o arbitrarios, la responsabilidad del Estado. Concluye el juzgado indicando que los requerimientos de terminación anticipada, de sobreseimiento y la disposición fiscal de conclusión de la investigación son decisivas de la gestión pendiente y entran en conflicto con el contenido esencial de los derechos y garantías previsto en la constitución y alegados en la presente resolución por el A quo. Por estas consideraciones:

PARTE RESOLUTIVA:

1. DECLARAR NULO las resoluciones 1° y 2° de fechas 03 y 28 de junio del 2011 respectivamente suscritas y tramitadas por la Especialista de Causa doctora Carmen Rosa Champi Mendoza y renovando dichos actos procesales, rectificando el error inducido por la representante del Ministerio Público, volviendo a proveer el

requerimiento de fojas 2° a 14 y por los fundamentos de la presente resolución **DECLARESE IMPROCEDENTE** el requerimiento de terminación anticipada formulado por la doctora Andronika Zans Rivera Fiscal Provincial Penal de la Primera Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq, en el proceso seguido en contra de Javier Solís Huamantalla, Elsa Mariluz Gómez Flores y Nancy Sapacayo Gil, por la presunta comisión del delito de falsificación de documentos públicos y por el delito de fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales en agravio del Estado.

2. DECLARAR NULO la resolución N° 06 de fecha 03 de junio del 2011 obrante a fojas 66 del requerimiento de formalización y continuación de la investigación preparatoria suscrita y tramitada por la Especialista de Causa doctora Carmen Rosa Champi Mendoza y renovando el acto procesal **DEVUELVA** a la Fiscalía a cargo del caso, la Disposición N° 5° que contiene la conclusión de investigación preparatoria, para que se proceda conforme a ley y emita nueva disposición de conclusión de investigación tomando en cuenta lo precisado en el numeral 5° de la parte expositiva de la presente resolución.

3. DECLARAR NULO las resoluciones N° 01, 02 y 03 del requerimiento de sobreseimiento suscrita y tramitado por la Especialista de Causa doctora Carmen Rosa Champi Mendoza y renovando dichos actos **DECLARESE INADMISIBLE** dicho requerimiento por no haberse emitido la disposición fiscal de conclusión de la investigación preparatoria respecto a las imputadas Elsa Mariluz Gómez Flores y Nancy Sapacayo Gil, conforme a lo advertido en el numeral 5° de la parte expositiva de la presente resolución.

4. REMÍTASE copia de la presente resolución a los Fiscales Coordinadores de las Fiscalías Penales Corporativas de Cusco, para que procedan conforme a sus atribuciones en la prevención o corrección de otras prácticas procesales defectuosas similares, una vez que quede consentida o ejecutoriada.

5. NOTIFÍQUESE a las partes procesales mediante cédula.

TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO:**24****CONTROL DE LEGALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA PENA ACORDADA**

"[...] Al respecto debe considerarse la forma en que las partes han pretendido la reducción de la pena solicitada como acordada, la misma que -a criterio de esta judicatura- no se encuentra arreglada a derecho ni a las circunstancias reales de los hechos que dieran lugar a la presente causa. Veamos: se ha pretendido, en primer lugar, definir como pena abstracta la mínima conminada prevista por la ley, vale decir seis años; y aplicando de por sí (o sea los proponentes aplican ya derecho penal premial, sin que se haya aprobado acuerdo alguno que permita al juez, y sólo al juez, otorgar dicho premio) el sexto de pena del art 471° CPP, llegan a 05 años de Pena Privativa de Libertad; y posteriormente pretenden disminución no precisada, pero que los hace arribar a "acordar" una sanción de CUATRO AÑOS de Pena Privativa de Libertad, suspendida por tres años, que es lo que solicitan se aplique".

Base Legal: CP: Arts. 45°, 46°, 279°; NCPP: Arts. 468.6°, 470°, 471°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: 5711-2010-77
JUEZ	: CARLOS MERINO SALAZAR
MINISTERIO PÚBLICO	: PRIMERA FISCALÍA PROVINCIAL CORPORATIVA DE TRUJILLO
IMPUTADO	: WILDER CECILIO RIOS LUNA
AGRAVIADO	: EL ESTADO
ESPECIALISTA	: ROXANA REBAZA LEÓN
DELITO	: TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO

Resolución N° Cuatro
Trujillo, once de marzo
Del año dos mil diez

VISTOS Y OIDOS EN AUDIENCIA PÚBLICA.- La causa seguida por el Ministerio Público contra Wilder Cecilio Ríos Luna, identificado con su Documento Nacional de Identidad número 45547752 y demás datos conforme se registra en la audiencia de Terminación Anticipada. Dada la acusación por el delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, en agravio del Estado.

ENUNCIADO DE HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE DECISIÓN: El titular de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, requiere terminación anticipada del proceso seguido contra el citado imputado, como autor del delito ya anotado, tipificado en el artículo 279° del Código Penal, en agravio del Estado. Narrando como hechos el que el ciudadano Carlos Bueno Rosell fuera víctima de un delito de robo agravado en horas de la noche del 22 de Octubre del año 2010 a orillas de la playa de Huanchaco, fuera intervenido posteriormente en actitud sospechosa el procesado en la intersección de las calles Los Sauces y Los Robles, quien tenía una especie de bulto a la altura del abdomen y bajo el polo, tratándose de un arma de fuego, sin licencia para portarla, la misma que se trataba de un arma hechiza, cache de madera, calibre 38", sin cartucho y de un solo tiro. Se realizó la audiencia conforme al registro de audio, procediendo las partes a la sustentación oral de los hechos, del acuerdo respecto al hecho punible, la pena y la reparación civil. El señor Juez Penal a quo, luego de cerrado el debate, se reserva su pronunciamiento y en la presente se pronuncia sobre el acuerdo y dicta la presente resolución sobre la terminación anticipada solicitada de conformidad a lo previsto en el artículo 468.6 del NCPP-2004; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- DEL DELITO PROPUESTO: El delito de Tenencia Ilegal de Armas, se encuentra prescrito en el artículo 279° del Código Penal y se configura en su tipo objetivo cuando el agente ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación; siendo su elemento subjetivo, el dolo que implica conciencia y voluntad para realizar la conducta descrita en el tipo.

SEGUNDO.- ACUERDO DE LAS PARTES.- que, conforme al desarrollo de la audiencia y de la pretensión de terminación anticipada, los acuerdos arribados son:

Ambas partes están de acuerdo en que los hechos son conforme han sido narrados por el Ministerio Público

y se han descrito en la parte introductoria de esta resolución.

El procesado ha reconocido el delito en los términos expuestos por el Ministerio Público y su grado de participación en él, habiendo logrado a través de señor abogado, ponerse de acuerdo respecto de su pretensión penal y civil.

El Ministerio Público acepta pena a imponerse de cuatro años de Pena Privativa de Libertad, la misma que tendrá el carácter de suspendida por el plazo de tres años. Citan criterios de reducción de sexto de pena, para llegar a tal acuerdo y aplicación de los artículos 45° y 46° del Código Penal para reducir aún más la pena hasta llegar al quantum que proponen.

Acuerdan el pago de reparación civil en la suma de 300 nuevos soles y pagaderos con extremas facilidades, incluso sólo con posterioridad a la aprobación de su acuerdo.

Sobre los extremos del acuerdo el magistrado ha informado oralmente al procesado, alcances y consecuencias, manifestando el investigado que ha comprendido y que es consciente del mismo, manifestando su conformidad, pronunciándose sobre los cargos de manera que los reconoce.

TERCERO.- FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.- Que, de la relación de hechos acordados entre las partes, aparece que -habiendo el acusado admitido su responsabilidad penal y civil, pese a habersele advertido de las consecuencias de su aceptación de responsabilidad y de los términos del acuerdo- sólo es materia de pronunciamiento por parte de la judicatura la legalidad del acuerdo y los extremos que tengan que ver con mínimos elementos de convicción que traiga el Ministerio Público a efectos de que la aceptación de cargos por parte de los procesados tenga sustento real y no se planteen circunstancias de abuso del derecho, del poder o de indefensión frente al sistema de justicia por parte de un ciudadano al que el Estado le debe garantizar un proceso justo y, en el caso de la terminación anticipada, una mínima corroboración de que, lo que se dice que sucedió, realmente fue así. Además, el pronunciamiento deberá aprobar o no el acuerdo en su integridad o en los diversos extremos que la conforman, como pena acordada, modalidad de condena, sanción civil, etcétera, bajo criterios de legalidad, determinación de la pena, circunstancias que rodean la conducta delictiva admitida, etcétera.

CUARTO.- Que, aparece entonces que los hechos descritos y aceptados configuran efectivamente el delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, pues se habría afectado potencialmente al Estado con la conducta de eminente peligro descrita de portar arma de fuego, sin estar técnica y legalmente capacitado para ello, conforme lo ha reconocido en el acuerdo el procesado; siendo ello así, entonces no cabe duda de la existencia del delito tal como ha sido propuesto por el Ministerio Público.

QUINTO.- Que, además en este caso no se ha acreditado ninguna causa de justificación, inimputabilidad o exculpación, por lo que el procesado resultaría pasible de una sanción penal. Al respecto debe considerarse la forma en que las partes han pretendido la reducción de la pena solicitada como acordada, la misma que -a criterio de esta judicatura- no se encuentra arreglada a derecho ni a las circunstancias reales de los hechos que dieran lugar a la presente causa. Veamos: se ha pretendido, en primer lugar, definir como pena abstracta la mínima conminada prevista por la ley, vale decir seis años¹; y aplicando de por sí (o sea los proponentes aplican ya derecho penal premial, sin que se haya aprobado acuerdo alguno que permita al juez, y sólo al juez, otorgar dicho premio) el sexto de pena del art 471° CPP, llegan a 05 años de Pena Privativa de Libertad; y posteriormente pretenden disminución no precisada, pero que los hace arribar a “acordar” una sanción de CUATRO AÑOS de Pena Privativa de Libertad, suspendida por tres años, que es lo que solicitan se aplique. O sea, de la pena mínima privativa de libertad prevista por la ley de 06 años, ellos acuerdan DOS AÑOS MENOS², amparados en criterios muy genéricos de falta de antecedentes, principios de régimen penitenciario y que las penas abstractas del Código Penal serían desproporcionadas, además de considerar los móviles para la comisión del delito admitido, entre otros. Pero en modo alguno con dichos criterios genéricos se fundamenta válidamente, ni la razón jurídica, ni el razonamiento fáctico preciso para disminuir exactamente 12 meses más.

SEXTO: que en principio se debe señalar que en el nuevo sistema procesal penal cada actor tiene un rol bien definido, sea como parte acusadora, parte acusada o como parte juzgadora o de decisión; en tal contexto, debe destacarse que el rol del órgano jurisdiccional es estrictamente ajeno al de las partes en conflicto y

¹ La previsión legal impone una sanción que va de 06 a 15 años de Pena Privativa de Libertad. (Art. 279° CP)

² Con la obvia intención de lograr pena suspendida.

debe actuar de manera estrictamente imparcial, sin abonar o favorecer las tesis de ninguna de las partes y con estricto apego a la ley y a la correcta interpretación de la misma; y para ello tiene prescrita las reglas de procedimiento que regulan su accionar y la de los demás actores, donde su rol es el de decidir conforme a la norma sustantiva e innovar en la aplicación de la norma en lo no expresamente previsto, conforme a las reglas del sano juicio y crítica. En tal contexto y conforme a los principios de legalidad y de taxatividad, ocurre en el presente caso que las partes en juicio pretenden la aprobación de una pena que se encuentra fuera de los parámetros de la ley sustantiva para el caso del delito en comento. Efectivamente, la posibilidad de aplicar una pena por debajo o por encima de la pena conminada está expresamente señalada en la norma, lo que quiere decir que aquellos casos no previstos, no están autorizados para ser aumentados o disminuidos en su aplicación. Así tenemos que la posibilidad que un acuerdo vía terminación anticipada se someta al control judicial (aprobación), importa a su vez que puede ser desaprobado y continuarse el proceso o, en su defecto, si sólo un extremo de los acuerdos son desaprobados, resolver conforme a ley; tal y como lo permite colegir el inciso 6° del artículo 468° de la norma. O sea, la posibilidad que el acuerdo se apruebe para que se dicte la sentencia anticipada, quiere decir que también existe la posibilidad de desaprobarse la misma y resolverse con arreglo a ley o una correcta interpretación de la norma. En el presente caso, el acuerdo NO es correcto del todo, especial y trascendentemente en el extremo de la pena acordada, como se explicará de ahora en más.

SÉTIMO: Para empezar, esa posibilidad debe merecer la existencia plena de un caso de confesión sincera que permita la disminución de un tercio de la pena aplicable, además del premio penal por terminación anticipada. En el presente caso, el acusado no está en condiciones de alegar eso, pues ha sido intervenido en situación de cuasi - flagrancia. Hay que reconocer que en el caso de autos, el acusado ha renunciado a su derecho a un juicio oral contradictorio, admitiendo los cargos, con la clara intención de una atenuación de su pena acordada con el ente acusador, pero ello nunca puede ser admitido por el órgano jurisdiccional fuera de los parámetros legales, pues para ello se somete el acuerdo a la aprobación del juez (como juez de garantías, en este caso de la legalidad); y si no se da el caso de una confesión sincera en estricto, entonces no se justifica una disminución tercial por debajo del mínimo de 06 años de pena privativa de libertad prevista para ese delito en el tiempo de su comisión y a la que se suma la del sexto de pena por terminación anticipada (en este caso sólo sería 05 años); amén de no haber sido alegado ello, no justificándose entonces la pretendida disminución anterior a la que corresponde sumar el sexto por "terminación". La posibilidad de disminución de la pena fuera de los parámetros de la pena conminada es taxativa en la ley: confesión sincera, sexto de pena por terminación anticipada y eximentes incompletas, ninguna otra. Por lo tanto aludir a determinadas interpretaciones de alguna parte de la jurisprudencia nacional respecto a la responsabilidad del Estado en el delito, no puede sacarnos del contexto del principio de legalidad. Existen sí casos extremos de desproporción sistemática de la pena en nuestro código sustantivo que la jurisprudencia nacional de manera genérica ha aceptado, como es el caso de los delitos sexuales en menores de edad, entre otros, donde se aplican criterios de proporcionalidad de pena, pero que no es el caso de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, pues aplicar genérica e indiscriminadamente ese tipo de conceptos importan o rayan con una violación al texto expreso y claro de la ley. Ese es el razonamiento jurídico que, aplicando la ley y el procedimiento previsto, no permite aprobar el acuerdo entre las partes.

OCTAVO.- Que, en anteriores oportunidades esta judicatura se ha pronunciado por dictar sentencia con apego a ley, aprobando en parte el acuerdo y desaprobando la parte ilegal, basado en criterios de que sobre el reconocimiento del delito y disminución de la pena ya no hay posibilidad de debate, pues las partes no se contradicen y que eso no obliga o vincula a aprobar todo el acuerdo cuando un extremo del mismo es ilegal y que dicha circunstancia a lo que obliga es, a que el juez, garantizando la legalidad del acuerdo, aplique la pena más próxima a la pretensión, pero dentro de los parámetros de la ley, en mérito de la actuación judicial en tal circunstancia básicamente como un juez de garantías, de garantía de la legalidad, antes de pasar a ser juez de fallo. Sin embargo, con dicha decisión absolutamente legal se terminaba afectando precisamente a la parte más débil de la relación procesal penal, por cuanto finalmente se le sancionaba con sanción más drástica que la sanción penal que él esperaba en virtud del acuerdo logrado con el Ministerio Público, quien le promete -en esencia- un derecho penal premial más favorable; lo que finalmente no se da. En mérito de este nuevo razonamiento es que esta judicatura opta por simplemente desaprobando el acuerdo en su totalidad, por cuanto el extremo que genera la desaprobación es uno trascendente del mismo y afecta principalmente a la pretensión del imputado de mejorar su situación legal y que le generará el convencimiento de allanarse o someterse a este proceso especial. Con este nuevo pronunciamiento, el proceso penal debe continuar conforme a su estado, garantizándose que el incoado haga valer todas las prerrogativas que en virtud de su defensa en un juicio oral, público y contradictorio suceda; además de las posibilidades de pronunciamientos favorables que en etapa intermedia puedan ocurrir.

NOVENO.- DESAPROBACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO.- Que efectuada la calificación jurídica del acuerdo de terminación anticipada del proceso, sustentada oralmente en audiencia por el Ministerio Público, el imputado y su abogado defensor, conforme a lo previsto en el artículo 468°, inciso 6° del Código Procesal Penal; en virtud de todos los argumentos expresados con anterioridad, el acuerdo debe desaprobarse.

POR TALES CONSIDERACIONES, al amparo de lo dispuesto en la normatividad citada, El Cuarto Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo:

DESAPRUEBA EL ACUERDO propuesto en el presente caso seguido contra Wilder Cecilio Ríos Luna por el delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, en agravio del Estado.

DISPONE que el presente proceso continúe conforme a su Estado, garantizándose al procesado su derecho a la defensa y a que lo expresado por su parte en este proceso especial se tendrá como **INEXISTENTE**, conforme lo dispone el artículo 470° del Código Procesal Penal.

NOTIFÍQUESE a las partes involucradas en este proceso especial y archívese.

DEJESE SIN EFECTO el señalamiento de audiencia de expedición y lectura de sentencia señalada para el 11 del mes y año en curso.



TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO:

CONTROL DE LA TIPICIDAD DEL ACUERDO

"[...] Por las razones expuestas, de conformidad con lo establecido en el artículo 468°, inciso 6), del Código Procesal Penal, no resulta razonable ni conforme a derecho la calificación jurídica de la conducta del imputado en el artículo 106° del Código Penal por homicidio simple, sino en el artículo 108°, inciso 1), del Código Penal, por homicidio calificado por ferocidad, motivos por los cuales debe desaprobarse la propuesta de terminación anticipada".

Base Legal: CP: Arts. 92°, 93°, 106°, 108.1°; NCPP: Arts. 468°, 471°; AP: N° 01-2008/CJ-116

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE CHICLAYO

EXPEDIENTE	: 02970-2009-25-1706-JR-PE-01
JUEZ	: WILSON MEDINA MEDINA
MINISTERIO PUBLICO	: OSORES PADILLA, CARLOS ENRIQUE
IMPUTADO	: DÍAZ SANTA CRUZ, OSWALDO YVAN
AGRAVIADO	: SIGUEÑAS LUCERO, JOSÉ HERNANDO
ESPECIALISTA	: ESGAR PURIHUAMAN DÍAZ
DELITO	: HOMICIDIO

Resolución N° Cuatro
Chiclayo, veintinueve de julio
Del año dos mil nueve

PARTE EXPOSITIVA:

La Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo, formalizó la investigación preparatoria contra Oswaldo Yván Díaz Santa Cruz por el presunto delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la figura de homicidio simple, tipificado en el artículo 106° del Código Penal, en agravio de Alex Alejandro Sigueñas Reyes.

Durante la investigación, el representante del Ministerio Público ha presentado por escrito un acuerdo provisional de Terminación Anticipada del Proceso con la conformidad de imputado y su Abogada; corriéndose traslado a todos los sujetos procesales y fijado como fecha de audiencia para el día de la fecha, la misma que se realizó conforme al registro de audio de autos, habiéndose arribado a un acuerdo provisional respecto al hecho punible, el delito, la pena y la reparación civil; siendo el estado del proceso el expedir sentencia.

PARTE CONSIDERATIVA:

ACUERDO RESPECTO AL HECHO PUNIBLE

El Ministerio Público, el imputado y su Abogada están de acuerdo en los siguientes HECHOS: con fecha veintiocho de junio del año dos mil nueve, a las dieciocho horas con treinta minutos aproximadamente, en la calle Los Sembradores N° 115, en circunstancias que el agraviado Alex Alejandro y su hermano Carlos Yoel Sigueñas Reyes, se encontraban al interior del domicilio y bodega de su tía Rosario Anita Chamay Castro, tomando una gaseosa, se hizo presente el imputado Oswaldo Yván Díaz Santa Cruz, pretendiendo quitarle su bebida al agraviado, por lo que éste reclamó, por lo que es abrazado por aquél, sacándolo al exterior de la bodega donde con un arma blanca le infiere una herida en el pecho a la altura del corazón, produciéndole sangrado interno, motivo por el cual el agraviado falleció en el trayecto al hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de ESSALUD.

Asimismo, el imputado reconoce plenamente la AUTORIA del delito de homicidio en agravio de su vecino y amigo, no obstante que antes de los hechos no han tenido ningún problema y que lo sucedido ha sido algo del momento, solicitando se le dé una oportunidad.

Los ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ofrecidos para acreditar la comisión del delito instruido y la responsabilidad penal del imputado son:

- Las declaraciones de Rosario Anita Chamay Castro, Carlos Yoel Sigueñas Reyes y Francisca Ramírez Vilches, quienes sindicaron directamente al imputado como autores del delito de homicidio.

- La declaración del imputado Oswaldo Yuán Díaz Santa Cruz, donde reconoce, en parte, su delito, brindada en presencia de su Abogado y del representante del Ministerio Público.

- El acta de levantamiento del cadáver de Alex Alejandro Sigueñas Reyes, de fecha veintiocho de junio del año dos mil ocho, suscrita por el Fiscal Provincial, el Médico legista y los policías intervinientes, realizada en el hospital Almazor Aguinaga Asenjo de Chiclayo.

- El protocolo de autopsia (necropsia) N° 151-09, de fecha veintiocho de junio del año dos mil nueve, practicado al cadáver de Alex Alejandro Sigueñas Reyes, donde se precisa como causa de la muerte "Shock hipovolémico. Perforación de corazón" y agente causante "Trauma penetrante de tórax por arma blanca".

El Ministerio Público, el imputado y su Abogada están de acuerdo que el hecho punible antes descrito se subsume en el tipo penal del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de HOMICIDIO SIMPLE, tipificado en el artículo 106° del Código Penal que señala: "El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años".

ACUERDO RESPECTO A LA PENA Y LA REPARACIÓN CIVIL

El Ministerio Público, el imputado y su Abogada están de acuerdo en la aplicación de una PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CONCRETA DE OCHO AÑOS Y CUATRO MESES, a la que han arribado partiendo de una pena base de diez años, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116, de fecha dieciocho de julio del año dos mil ocho, a la que descontaron 1/6, conforme a lo establecido en el artículo 471° del CPP.

El Ministerio Público, el imputado y su Abogada, conforme a los artículos 92° y 93° del Código Penal, están de acuerdo en la fijación de una reparación civil por la suma de CINCO MIL 00/100 NUEVOS SOLES, que será cancelado por el imputado a favor del agraviado a razón de doscientos 00/100 nuevos soles en forma mensual.

A su turno el actor civil, mediante escrito, de fecha catorce de julio del año dos mil nueve, reiterado en la audiencia de su propósito, se opuso tanto a la pena cuanto a la reparación civil acordada, pretendiendo en este último extremo una reparación civil ascendente a la suma de treinta mil 00/100 nuevos soles.

ANÁLISIS JUDICIAL DEL ACUERDO

Si "La conducta típica del homicidio simple consiste en quitar la vida dolosamente a una persona, sin la concurrencia de alguna circunstancia atenuante o agravante debidamente establecida en el Código Penal como elemento constitutivo de otra figura delictiva ..." ¹ (s.n.), entonces la conducta imputada a Oswaldo Yuán Díaz Santa Cruz no se subsume en el artículo 106°, sino en el artículo 108°, inciso 1), del Código Penal; es decir, en el delito de ASESINATO por FEROCIDAD, puesto que éste es "... el realizado con absoluto desprecio y desdén por la vida humana ..." ².

Así pues, "... doctrinariamente existe aceptación mayoritaria en afirmar que (...) se presentan hasta dos modalidades que dan a entender el actuar por ferocidad, a saber:

a.- Cuando el sujeto activo concluye con la vida del sujeto pasivo sin motivo ni móvil aparentemente explicable. El agente, demuestra perversidad al actuar sin tener un objetivo definido. Aquí falta un móvil externo. Al final, cuando cualquier persona ya sea operador jurídico o común, pretende encontrar una explicación sobre los motivos y móviles que hicieron nacer en el agente la intención de poner fin a la vida de una persona (...), no puede encontrarlo razonablemente sino recurriendo a pensar que aquel sujeto muestra un desprecio por la vida humana. Nada le importa ni le inmuta. Le da igual matar a una persona que a un animal.

b.- Cuando el agente actúa con ferocidad brutal en la determinación del agente, es decir inhumanidad en el

¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. "Derecho Penal, parte especial". Ideosa. Lima – Perú. Setiembre 2004. p. 65.
² Op. Cit. p. 88.

móvil. Cabe hacer la anotación que no se trata de la ferocidad brutal, cruel e inhumana en la ejecución del homicidio, pues éste vendría a constituir una modalidad más del asesinato como es el matar con crueldad, sino que la ferocidad se evidencia en la determinación del agente para poner fin a la vida del sujeto pasivo. Aquí se trata de una ferocidad cruel entendida desde un aspecto subjetivo (...).

El móvil por lo exiguo, mezquino y ridículo no explica racionalmente la acción homicida, desconcertando a cualquier persona con sus cinco sentidos normales. El móvil inhumano (sic) sólo denota insensibilidad en el actor cuyo grado máximo lo constituye la maldad perversa. El asesino actúa por ‘causas fútiles y nimias que desconciertan’ (Bramont-Arias-García, 1997, p. 53). La ejecutoria suprema del 20 de abril de 1995, expone el supuesto de matar por un móvil fútil y ridículo al sostener que ‘Constituye delito de homicidio calificado, contemplado en el artículo 108 del Código Penal, el hecho de haber el acusado disparado con su arma de fuego contra la agraviada, produciéndose su muerte, por el solo hecho de no haberle respondido el saludo que éste le hiciera, demostrando así el poco valor y sentimiento por la vida humana (...).

De este modo queda claro que mientras en la primera modalidad no aparece motivo ni móvil aparente o explicable, en este último, aparece un motivo o móvil, pero fútil e insignificante. He ahí la diferencia entre ambas modalidades aun cuando en ambas, el agente demuestra perversidad en su actuar...”³.

En este orden de ideas, aparece de las declaraciones de los testigos presenciales del crimen Rosario Anita Chamay Castro, Carlos Yoel Sigüeñas Reyes y Francisca Ramírez Vilches, que en circunstancias que el agraviado se encontraba bebiendo una gaseosa en el interior de una bodega, conjuntamente con su hermano, ingresó el imputado pretendiendo apoderarse de la botella de gaseosa personal del agraviado, a lo que éste se opuso, por lo que el imputado le dijo “que no vas a invitar”, contestándole el agraviado “oye pide bonito”, ante esto el imputado le tiró una cachetada en el rostro diciéndole “quieres bronca”, cogiéndolo del cuello lo sacó a la fuerza a la calle, donde el imputado extrayendo un cuchillo de unos 20 a 25 cm., del lado derecho de su cintura, con el cual lo hincó en el pecho, lo que finalmente le causó la muerte, según el protocolo de autopsia (necropsia) N° 151-09, de fecha veintiocho de junio del año dos mil nueve, donde se precisa como causa de la muerte “Shock hipovolémico. Perforación de corazón” y agente causante “Trauma penetrante de tórax por arma blanca”.

De otra parte, el imputado Oswaldo Luán Díaz Santa Cruz en su declaración, de fecha veintinueve de junio del año dos mil nueve, señaló que el día de los hechos había estado libando chicha y cerveza con otras personas en otro lugar, luego de lo cual al “... estar por entrar a mi casa, veo que mi amigo Alex Alejandro SIGUEÑAS REYES (28), sale de la casa de sus tíos que se ubica frente a la mía, viéndolo que tenía su gaseosa en la mano, como jugando me insultó diciéndome ‘CACHUDO, SACO LARGO’ (...), acercándonos a las manos a querer pelear, en esos salió de la casa de sus tíos su hermano Carlos SIGUEÑAS REYES, no separó, me fui a mi casa normal, yo para esto unos días antes me encontré en la calle un puñal (...), ingresando a mi dormitorio, cogiendo dicho puñal con mano derecha con la finalidad de asustar a mi amigo, saliendo de mi casa, viendo nuevamente a mi amigo en la puerta de la casa de sus tíos, me fue acercándome para asustarlo y al verme corre hacia mí, y por querer asustarlo se me fue la mano, ya que había estirado el brazo con dicho cuchillo, quedándose mi amigo parado, y su hermano a su lado, entrando yo a mi casa pensando que no pasaba nada, lugar donde escuche bulla que decía ‘LO MATO, LO MATO, YVAN’...”.

Como se puede observar, si bien, la versión de los testigos directos no es aceptada totalmente por el imputado, no es menos verdad que el representante del Ministerio Público acogió plenamente la versión de dichos testigos, como expresamente lo reconoció en la audiencia de terminación anticipada al señalar que “... no hay ninguna motivación, (...) nosotros tomamos la versión de los testigos presenciales, esa es la válida ...”; es decir, que para el representante del Ministerio Público no aparece el motivo o móvil aparente o que explique racionalmente el por qué el imputado mató al agraviado, puesto que si fue porque la víctima no quiso invitarle una gaseosa al imputado o que aquél se resistiera cuando por vía de los hechos el imputado pretendió apoderarse de dicha gaseosa, el motivo o móvil del homicidio es fútil e insignificante, pero – como se tiene indicado- en ambos supuestos- el agente demuestra perversidad en su actuar de matar al prójimo.

Asimismo, en la hipótesis negada (puesto que el protocolo de autopsia N° 151-2009, de fecha 28.06.09, al describir las lesiones traumáticas del examen externo, señala “TORAX: Herida punzo cortante penetrante en región torácica anterior izquierda de 1.80x0.8cm. de línea intermamilar y a 0.8cm. La línea media sagital, de trayectoria: adelante y atrás, izquierda derecha ligeramente de arriba abajo) (s.n.), de la versión alegada por el imputado el motivo o móvil del homicidio también deviene fútil e insignificante, puesto que no se puede

3 Op. Cit. p. 88-89.

aceptar racionalmente que por que una persona a la que se considera un amigo, de broma o como jugando, le diga al agente "cachudo, saco largo", para que éste se provea de un puñal (arma idónea para causar la muerte de una persona) con la que finalmente se causó la muerte del agraviado.

A mayor abundamiento, conforme al Certificado de dosaje etílico N° C-018948, de fecha seis de julio del año dos mil nueve, correspondiente a Oswaldo Luán Díaz Santa Cruz, de 30 años de edad, el resultado fue de 0.14 G/L; es decir, que al momento de cometidos los hechos dicho imputado ha estado en relativo estado de ebriedad, pues, conforme a la tabla de alcoholemia se encontraba en el primer grado, lo cual –sin embargo– no lo incapacita para percibir y evaluar la realidad adecuadamente.

De igual manera, aparece del dictamen pericial Psicológico Forense N° 389/2009, de fecha tres de julio del año dos mil nueve, que el imputado "Oswaldo Luán DÍAZ SANTA CRUZ (30), en el momento de la evaluación presenta Características de Trastorno Antisocial de la Personalidad; acompañado de una agresividad patológica (capaz de atentar con el cuerpo, la vida y la salud), con reacciones de mal humor y hostilidad; con tendencia a evadir la responsabilidad; sentimientos de inferioridad; bajo juicio (reaccionando más emocionalmente que racionalmente); sensación de debilidad corporal y fantásticas (se deja llevar por sus emociones e impulsos); con perturbación a causa de falta de coordinación con su personalidad y con la fuerza de la parte moral (no dar valor a la vida humana: a matado con un puñal a su amigo Alex) imponiendo su fuerza y poder; sus procesos emocionales son rápidos e inestables; características que no lo incapacitan para percibir y evaluar la realidad adecuadamente".

Por las razones expuestas, de conformidad con lo establecido en el artículo 468°, inciso 6), del Código Procesal Penal, no resulta razonable ni conforme a derecho la calificación jurídica de la conducta del imputado en el artículo 106° del Código Penal por homicidio simple, sino en el artículo 108°, inciso 1), del Código Penal, por homicidio calificado por ferocidad, motivos por los cuales debe desaprobarse la propuesta de terminación anticipada.

Así pues, habiendo desestimado el acuerdo entre el representante del Ministerio Público, el imputado y su Abogada, respecto a la calificación jurídica, deviene innecesario pronunciarse sobre la pena acordada, así como el monto de la reparación civil.

Por estas consideraciones, en uso de las atribuciones que me confiere los artículos 138° y 139°, inciso 1), de la Constitución Política y el artículo 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, impartiendo justicia a nombre de la Nación.

PARTE RESOLUTIVA:

DESAPRUEBO el acuerdo de Terminación Anticipada del proceso propuesto por el Señor Fiscal Provincial del Despacho de Investigaciones de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo, el imputado Oswaldo Yván Díaz Santa Cruz y su Abogada Gladis Ortiz Rodríguez.

ARCHIVASE en forma definitiva el presente cuaderno. **CONTINUESE** el proceso según su estado.

26

TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO:**DESAPROBACIÓN DEL ACUERDO PARCIAL
FRENTE A PLURALIDAD DE IMPUTADOS**

"[...] Acuerdo Parcial, en el caso concreto que uno de los imputados no participe en la audiencia de terminación anticipada por cualquier motivo, no justifica la aprobación del acuerdo ya que este supondría que un mismo hecho se considere cierto y probado gracias a la terminación anticipada e incierto o improbadado por el resultado de la actuación probatoria en juicio, atentando contra el derecho de presunción de inocencia del imputado que no participó en el acuerdo, pero que podría verse perjudicado por las confesiones de los que aceptaron el acuerdo; así mismo, se vulneraría el principio de cosa juzgada si el hecho que sirvió de base para la condena de los sentenciados que aceptaron la terminación anticipada, se considera discutible para el imputado Luis Alberto Escudero Salinas que no participo en la terminación anticipada. No obstante lo expuesto, el artículo 469 del Código Procesal Penal establece que el juez de la investigación preparatoria podrá aprobar acuerdos parciales si la falta de acuerdo se refiere a delitos conexos y en relación con otros imputados, salvo que ello perjudique la investigación o si la acumulación resulta indispensable. En suma, la posibilidad de aprobar acuerdos parciales ocurrirá en casos de concurso real de delitos regulados en el artículo 50° del Código Penal, cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos independientes, que no son los supuestos de los hechos materia de investigación".

Base Legal: CP: Arts. 188°, 189.2°, 189.3°, 189.4°, 189.8°; NCPP: Arts. 31°, 468°, 468.6°, 469°, 471°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO
CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE CUSCO**

EXPEDIENTE	: 073-2010-44-1001-JR-PE-03
JUEZ	: REYNALDO OCHOA MUÑOZ
MINISTERIO PÚBLICO	: TERCERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE CUSCO
IMPUTADO	: DANTE VIRGILIO CHÁVEZ BAÑOS Y OTROS
AGRAVIADO	: HERNÁN QUISPE HUAMÁN Y OTROS
A. CAUSA	: MONIKA VALENCIA LUCERO
A. AUDIO	: YADIRA ENRÍQUEZ CARRIÓN
DELITO	: ROBO AGRAVADO

Resolución N° Diez
Cusco, catorce de junio
Del año dos mil diez

I. PARTE EXPOSITIVA:

El Fiscal Provincial del Primer Despacho Fiscal de Investigación de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cusco, dispuso formalización y continuación y ampliación de investigación preparatoria contra los imputados DANTE VIRGILIO CHÁVEZ BAÑOS, OSCAR JESÚS LÁZARO MUÑOZ Y MARCOS ANTONIO ROJAS HERNÁNDEZ, y posteriormente ampliado contra LUIS ALBERTO SALINAS ESCUDERO por el presunto delito Contra el Patrimonio en su modalidad de Robo, sub tipo ROBO AGRAVADO, con las circunstancias agravantes de haber sido cometido durante la noche, a mano armada, con el concurso de dos personas, sobre vehículo automotor, ilícito penal previsto y sancionado por el Artículo 188° (tipo base) concordado con el Artículo 189° numerales 2, 3, 4 y 8 del primer párrafo, en agravio de Roberto Carlos Chahuallo Laurente, Hernán Quispe Huamán y María Luz Pillco Chahuallo. Durante la investigación preparatoria el imputado Marco Antonio Rojas Hernández, ha solicitado audiencia privada de terminación anticipada y previo los trámites de ley se ha fijado fecha y hora la misma que se verificó los días dieciocho de mayo y once de junio del año en curso conforme obra los registros de audio, precisándose que en la primera audiencia no fue aceptado por los abogados e imputados la pena propuesta por el señor Fiscal, habiendo sido reformulado la pena en la segunda audiencia. No se ha presentado por escrito el Acuerdo Provisional, sino ya el día de la fecha a horas ocho y veintidós de la mañana, tampoco se acreditado el depósito judicial por reparación civil a favor de los agraviados conforme a los acuerdos arribados entre las partes lo cual obra también en el registro de audio, habiéndose reservado el A quo emitir la resolución correspondiente en el plazo de cuarenta y horas la que se expide y se dicta en el día de la fecha.

II. PARTE CONSIDERATIVA:

1. ACUERDO RESPECTO AL HECHO PUNIBLE

1.1. El representante del Ministerio Público y los imputados Dante Virgilio Chávez Baños, Oscar Jesús Lázaro Muñoz y Marco Antonio Rojas Hernández, con el asesoramiento de sus abogados que el día 14 de enero del 2010, siendo las 22:30 horas aproximadamente, el agraviado Roberto Carlos Chahualló Laurente, se encontraba conduciendo el vehículo de placa de rodaje TZ-2985, marca Toyota modelo Probox, color plata, realizando el servicio de taxi, siendo abordado por cuatro sujetos desconocidos, que le solicitaron el servicio del puente Belén hacia el sector de Ayuda Mutua en Cusco, al llegar al lugar, el sujeto conocido como Beto le dijo al taxista que retrocediera, circunstancia en la que es tomado por el cuello por el imputado Marcos Antonio Rojas Hernández y es jalado hacia la parte posterior del automóvil, donde al ofrecer resistencia es reducido con un golpe en la cabeza con arma de fuego ocasionado por el nombrado Beto, quien le ocasionó una herida con sangrado, para luego atarlo de pies y manos con cinta de embalaje plástico, en una bolsa de polietileno usada para envasar arroz o azúcar; posterior a ello, le cubrieron los ojos con un trapo de funda de almohada y conducido en esa situación hacia la parte de Ccorao y arrojado hacia una pendiente, siendo abandonado a su suerte, llevándose los imputados el vehículo por la pista Ccorao - Pisac, San Salvador, e ingresan a la pista principal que da hacia Urcos, Sícuni y llegan a la ciudad de Juliaca, para vender el vehículo, el mismo que era conducido por Dante Virgilio Chávez Baños; también se llevaron un celular marca Táctil número 974-702997 y dinero en la suma de setenta nuevos soles, así como los documentos del vehículo, como son tarjeta de propiedad y SOAT; el vehículo sustraído es de propiedad de HERNÁN QUISPE HUAMAN y MARÍA LUZ PILLO CHAHUALLO, siendo que como consecuencia de la denuncia del chofer asaltado, la Fiscalía hizo coordinaciones con la Policía SEPROVE-PNP de Juliaca para aprehender a los facinerosos, y es así que al promediar las 18 horas del día 15 del mes y año en curso es recuperado el vehículo así como retenido los imputados Marcos Antonio Rojas Hernández, Dante Virgilio Chávez Baños y Oscar Jesús Lázaro Muñoz; así, ante la evidencia del vehículo recuperado, se solicitó la respectiva orden de detención y se "practicó las diligencias preliminares.

1.2. En cuanto a la aceptación de los hechos el imputado Dante Virgilio Baños Barrios, ha sido aceptado parcialmente, no admitiendo la utilización de arma de fuego (registro de audio de fecha 18-05-2010)

1.3. El representante del Ministerio Público y los imputados Dante Virgilio Chávez Baños, Oscar Jesús Lázaro Muñoz, Marco Antonio Rojas Hernández, asesorado por sus abogados están de acuerdo que el hecho punible antes descrito que se subsume en el tipo penal previsto y sancionado en artículo 188° y 189° numerales 2°, 3°, 4° 8° primer párrafo del Código Penal, misma que tiene la siguiente proposición normativa: "Artículo 188°: El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro eminente para su vida o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de ocho años". "Artículo 189°: La pena será no menor de doce años ni mayor de veinte, si el robo es cometido: 2.- Durante la noche o en lugar desolado. 3.- A mano armada. 4.- Con el concurso de dos o más personas. 8.- Sobre vehículo automotor.

1.4. Que, si bien es cierto el delito de robo agravado ha alcanzado el grado de consumación, en atención a la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia publicado en el diario oficial El Peruano con fecha veintiséis de noviembre del dos mil cinco, por concurrir los presupuestos de apoderamiento consistentes en el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor – de su esfera de posesión a la del sujeto activo, y, la realización de actos posesorios de disposición potencial (momentánea, fugaz o de breve duración) o efectiva sobre el bien. En el caso de autos, el vehículo fue desplazado desde el sector de Ccorao Cusco donde fue despojado el agraviado, huyendo hasta la provincia de Juliaca – Puno, donde fueron intervenidos y recuperado el vehículo por la Policía, verificándose la concurrencia copulativa de los presupuestos exigidos para los delitos contra el patrimonio descritos en la sentencia plenaria.

1.5. Que, la aceptación de los hechos por los imputados se subsumen en el tipo penal de Robo Agravado tipificado en artículo 188°, 189° incisos 2°, 3°, 4° y 8°.

2. ACUERDOS RESPECTO A LA PENA

2.1. La pena abstracta del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, tipificado en el

artículo 189° Primer párrafo es de pena privativa de la libertad no menor de doce años ni mayor de veinte, si el robo es cometido: 2.- Durante la noche o en lugar desolado. 3.- A mano armada. 4.- Con el concurso de dos o más personas. 8.- En vehículo automotor.

2.2. El representante del Ministerio Público y los imputados Dante Virgilio Chávez Baños, Oscar Jesús Lázaro Muñoz y Marco Antonio Rojas Hernández, tomando en cuenta que la pena a imponerse sería entre doce y veinte años, han acordado partir de la pena intermedia de dieciséis años (192 meses) y aplicando el beneficio de terminación anticipada del proceso, como lo dispone el artículo 471° del Código Procesal Penal, la reducción de un sexto, equivalente a dos años y ocho meses (32 meses) y por confesión sincera un tercio de la pena mínima del tipo penal que equivale a cuatro años (48 meses) que acumulado al beneficio por terminación anticipada ascienden a seis años y ocho meses (80 meses) lo que debe restarse de la pena acordada de dieciséis años (192 meses) quedando como pena concreta nueve años y cuatro meses (112 meses) conforme aparece del audio de fecha dieciocho de mayo del dos mil diez). Sin embargo en el registro de audio de fecha once de junio el Fiscal del caso se ha limitado a hacer mención que la pena acordada era de ocho años efectiva sin ningún tipo de motivación lo cual esta corroborado con el Acta de Acuerdo Provisional, ingresado al Juzgado en horas de la mañana del día de la fecha.

3. ACUERDO RESPECTO A LA REPARACIÓN CIVIL

3.1. El Ministerio Público y los imputados Dante Virgilio Chávez Baños, Oscar Jesús Lázaro Muñoz y Marco Antonio Rojas Hernández, conforme a los artículos 92° y 93° del Código Penal, están de acuerdo en la fijación de una reparación civil a favor del agraviado de S/ 1,500.00 (mil quinientos nuevos soles) la misma que sería pagada en forma solidaria e inmediata mediante depósito judicial a la Fiscalía del caso que tampoco ha sido acreditado al momento de emitirse la presente resolución.

4. ANÁLISIS JUDICIAL DEL ACUERDO

4.1. Que, la función del Juezador en los procesos de terminación anticipada es el de control judicial, que consiste en garantizar un acuerdo justo para las partes, es decir el control judicial velará por la legalidad del acuerdo, que en lo sustancial significa comprobar su adecuación típica con los hechos objeto de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria y la correlación de la pena. Sobre la pena, el juez comprobará que el acuerdo no exceda los límites mínimos y máximos previstos para el delito. Como es sabido, nuestro Código señala diversas clases de pena y precisa unos límites para cada tipo, que serán objeto de una verificación cualitativa, cuando se trata de la elección de la clase de pena, y una cuantitativa, cuando se refiere a la pena concreta determinada.

4.2. En concreto el control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes: a) El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean el hecho punible. b) El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínima y máxima, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias, modificativas de la responsabilidad, esto es lo que se denomina "pena básica". También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil, siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil y de las consecuencias accesorias. c) La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permiten concluir que existe base suficiente, probabilidad delictiva de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado y que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la responsabilidad.

4.3. Efectuada la calificación jurídica del acuerdo de terminación anticipada del proceso peticionada por escrito por el imputado Marco Antonio Rojas Hernández y oralizado en audiencia por el representante del Ministerio Público y los demás imputados y sus defensas técnicas, conforme a lo previsto en el artículo 468°, inciso 6° del Código Procesal Penal, tenemos que el hecho punible y la calificación del delito se ajustan a la hipótesis normativa del delito de Robo Agravado tipificado en artículo 188°, 189° incisos 2°, 3°, 4° y 8°. Que en cuanto a esta calificación jurídica el profesor San Martín Castro, refiere que este control no traslada al Juez la decisión en torno a la pena, sino que supone un filtro para apreciar si la pena acordada se encuentra dentro de los parámetros del tipo penal, en consonancia con las reglas generales de individualización.

4.4. En cuanto a la aplicación de la pena inicialmente conforme al registro de audio (18-05-2010) el señor Fiscal del caso al presentar los cargos solicitó como pena concreta nueve años y cuatro meses conforme a

lo esbozado en el numeral 2.2. de la presente resolución, lo que no fue aceptado por los imputados y en registro de audio (11-06-2010) reformuló la pena a ocho años de pena privativa de libertad efectiva sin ninguna fundamentación conforme esta corroborado con la presentación del acta de acuerdo provisional en el día de la fecha y no estando debidamente fundamentado la pena concreta para cada uno de los imputados de acuerdo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad de cada uno de los imputados y hecho la valoración correspondiente se viene vulnerando el principio de proporcionalidad que lesiona la finalidad de la pena y a la vez se esté afectando indebidamente los derechos e intereses legítimos de la víctima.

4.5. Es condición de la realización de la citada audiencia que la solicitud de terminación anticipada pase el examen judicial de admisibilidad y procedencia. Además, el Juez ha revisado a los imputados para saber si tenían o no el debido conocimiento de los alcances y consecuencias del acuerdo que llegaron, es precisamente, en este segundo paso de la audiencia, inmediatamente después de la presentación de cargos por la Fiscalía. El consentimiento de los imputados, visto el carácter dispositivo de la pretensión o los efectos que entraña, ha de ser libre, voluntario, sin presiones o amenazas, informado, prestado con el auxilio de una defensa técnica y no solamente formal y con pleno conocimiento de lo que hacen o dejan de hacer y a lo que se someten una vez que aceptan en el acuerdo. Que en el caso de autos conforme obra los registros de audio la defensa de los imputados inicialmente no aceptaron la pena supuestamente acordada; pero a pesar de ello aceptaron la imposición de pena y reparación civil en una segunda oportunidad cuando la pena fue reformulada a ocho años sin fundamentación alguna.

4.6. Por otro lado, en los procesos por pluralidad de hechos punibles (acumulación objetiva) o de imputados (acumulación subjetiva) se requerirá del acuerdo de todo los imputados y por todo los cargos que se incremine a cada uno (artículo 469° del CPP). La acumulación de hechos punibles o de imputados nos remite a la institución de la conexión procesal prevista en el artículo 31° del Código Procesal Penal, para definir la competencia judicial por razones de economía procesal y de seguridad jurídica en cualquiera de los siguientes casos: 1) cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos; 2) cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible como es el caso de autos; 3) cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad criminal haya cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes; 4) cuando el hecho delictuoso ha sido cometido para facilitar otro delito o para asegurar la impunidad; 5) cuando se trate de imputaciones recíprocas.

4.7. En el proceso especial de terminación anticipada en caso de acumulación objetiva o subjetiva puede presentar los siguientes casos: 1) Acuerdo Total, cuando todo los imputados aceptan el delito inculcado en el cual se expide pronunciamiento judicial de fondo; 2) Acuerdo Parcial, en el caso concreto que uno de los imputados no participe en la audiencia de terminación anticipada por cualquier motivo, no justifica la aprobación del acuerdo ya que este supondría que un mismo hecho se considere cierto y probado gracias a la terminación anticipada e incierto o improbad por el resultado de la actuación probatoria en juicio, atentando contra el derecho de presunción de inocencia del imputado que no participó en el acuerdo, pero que podría verse perjudicado por las confesiones de los que aceptaron el acuerdo; así mismo, se vulneraría el principio de cosa juzgada si el hecho que sirvió de base para la condena de los sentenciados que aceptaron la terminación anticipada, se considera discutible para el imputado Luis Alberto Escudero Salinas que no participó en la terminación anticipada. No obstante lo expuesto, el artículo 469° del Código Procesal Penal establece que el juez de la investigación preparatoria podrá aprobar acuerdos parciales si la falta de acuerdo se refiere a delitos conexos y en relación con otros imputados, salvo que ello perjudique la investigación o si la acumulación resulta indispensable. En suma, la posibilidad de aprobar acuerdos parciales ocurrirá en casos de concurso real de delitos regulados en el artículo 50° del Código Penal, cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos independientes, que no son los supuestos de los hechos materia de investigación.

4.8. A mayor abundamiento el Derecho Comparado en relación con este tema y en el mismo sentido, resulta interesante la Sentencia N° 2004-492 del Consejo Constitucional Francés que, al analizar la constitucionalidad de la Ley N° 2004-204 del nueve de marzo que instaura el procedimiento de comparecencia con reconocimiento previo de culpabilidad, no solo considera que los jueces velarán por la legalidad del acuerdo, sino que también ejercerán un control que podríamos llamar de justicia, al reconocer que podrán rechazar la homologación si consideran que la naturaleza de los hechos, la personalidad del imputado, la situación de la víctima o los intereses de la sociedad justifican la celebración de un juicio ordinario.

Por estas consideraciones el Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco, en uso de las atribuciones que me confiere los artículos 138° y 139°, inciso 1° de la Constitución Política del Estado y el

artículo 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, impartiendo justicia a nombre de la Nación;

III. PARTE RESOLUTIVA:

DESAPRUEBO el acuerdo de terminación anticipada del proceso propuesto por el Primer Despacho de Investigación Fiscal de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Cusco y los imputados DANTE VIRGILIO CHAVEZ BAÑOS, OSCAR JESUS LAZARO MUÑOZ y MARCOS ANTONIO ROJAS HERNADEZ, por el presunto delito Contra el Patrimonio en su modalidad de Robo, sub tipo ROBO AGRAVADO, con las circunstancias agravantes de haber sido cometido durante la noche, a mano armada, con el concurso de dos personas, sobre vehículo automotor, ilícito penal previsto y sancionado por el Artículo 188° (tipo base) concordado con el Artículo 189° numerales 2, 3, 4 y 8 del primer párrafo, en agravio de Roberto Carlos Chahualló Laurente, Hernán Quispe Huamán y María Luz Pillco Chahualló. **ARCHIVASE** en forma definitiva el presente incidente. **CONTINUESE** el proceso según su estado. **Notifíquese** el presente auto desaprobatorio a las partes procesales conforme esta ordenado en el Acta de Registro de Audiencia de Proceso Especial de Terminación Anticipada. Hágase Saber.

Proceso Inmediato

SUBCAPÍTULO VIII

PROCESO INMEDIATO:**PRESUPUESTOS MATERIALES PARA SU INCOACIÓN**

"[...] Es claro e innegable que se configuran en el presente caso los supuestos b) y c) del artículo 446° del Código Procesal Penal, en tanto el imputado ha confesado la comisión del delito, y además, los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio al imputado, son evidentes de la comisión del delito imputado, por lo que es procedente la aplicación del proceso inmediato al presente caso".

Base Legal: CP: Art. 149°; NCPP: Arts. 160°, 161°, 330°, 446°, 447°, 448°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA
SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE PIURA**

EXPEDIENTE	: 3552-2011-0
JUEZ	: FRANCISCO MANUEL FERNANDEZ REFORME
MINISTERIO PÚBLICO	: SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL DE PIURA
IMPUTADO	: SEMINARIO LADINES RICARDO ANTONIO
AGRAVIADO	: SEMINARIO MACHADO AZUCENA DEL ROSARIO
ESPECIALISTA	: TORO GARCIA TERESA
DELITO	: OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

AUTOS Y VISTOS; dado cuenta para resolver en la fecha el requerimiento de proceso inmediato.

Y, CONSIDERANDO:

PRIMERO.- El representante del Ministerio Público mediante requerimiento de fecha 05 de junio del año en curso, acude a éste Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria requiriendo se declare procedente la tramitación del proceso inmediato.

Como sustento fáctico de la pretensión requerida, el representante fiscal afirma que el investigado Ricardo Antonio Seminario Ladines ha omitido cumplir con el pago de la pensión alimenticia a favor de su menor hija Azucena del Rosario Seminario Machado, fijada por el Primer Juzgado de Paz Letrado de Piura, mediante sentencia – resolución número 04, de fecha 13 de mayo de 2004, en la cual se obliga al referido Ricardo Antonio a acudir a la agraviada con una pensión alimenticia mensual y adelantada de doscientos veinte nuevos soles, suma que fue reformada por la sentencia de vista emitida por el Segundo Juzgado de Familia de Piura mediante resolución número 11 de fecha 18 de octubre de 2004 en la suma de 180.00 nuevos soles, habiéndose practicado la liquidación de pensiones alimenticias devengadas en la suma de 4,500.00 NUEVOS SOLES, que corresponden al período enero de 2009 al mes de enero de 2011, liquidación que pese de haberse notificado al demandado ha omitido cumplir y honrar dicha deuda, por lo que se ha iniciado la presente investigación penal.

Los Supuestos Procesales que alega el Ministerio Público se cumplen son los siguientes: a) Que el imputado ha aceptado que ha omitido cumplir con su obligación alimenticia reconociendo la deuda alimenticia, cumpliéndose el inciso 1 literal b) del artículo 446° del Código Procesal Penal; b) Además cabe señalarse que existen suficientes elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y recibido la declaración del imputado resulta evidente la comisión delictiva por éste, dándose igualmente el cumplimiento de lo establecido por el artículo 446 inciso 1, literal c) del Código Procesal Penal.

SEGUNDO.- El artículo 446° del Código Procesal Penal establece los supuestos del proceso inmediato en los siguientes términos: 1. El Fiscal podrá solicitar la vía del proceso inmediato, cuando: a) el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito; o, b) el imputado ha confesado la comisión del delito; o, c) los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes (...).

Por otro lado, el artículo 447° del acotado texto adjetivo prescribe que: 1. El Fiscal, sin perjuicio de solicitar las medidas de coerción que correspondan, se dirigirá al Juez de la Investigación Preparatoria formulando el requerimiento de proceso inmediato. El requerimiento se presentará luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria. 2. Se

acompañará al requerimiento el expediente fiscal.

Finalmente, el artículo 448° del mencionado Código Procesal Penal, señala lo siguiente: 1. El Juez de la Investigación Preparatoria, previo traslado al imputado y a los demás sujetos procesales por el plazo de tres días, decidirá directamente en igual plazo de tres días, si procede el proceso inmediato o si se rechaza el requerimiento fiscal. La resolución que se emita es apelable con efecto devolutivo. 2. Notificado el auto que dispone la incoación del proceso inmediato, el Fiscal procederá a formular acusación, la cual será remitida por el Juez de la Investigación Preparatoria al Juez Penal competente, para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. 3. De ser pertinente, antes de la formulación de la acusación, a pedido del imputado puede instarse la iniciación del proceso de terminación anticipada. 4. Notificado el auto que rechaza la incoación del proceso inmediato, el Fiscal dictará la Disposición que corresponda disponiendo la formalización o la continuación de la Investigación Preparatoria.

TERCERO.- Del análisis de la carpeta fiscal, la misma que se encuentra digitalizada en el sistema informático, se puede apreciar indubitadamente que el imputado al momento de rendir su declaración ha aceptado adeudar las pensiones alimenticias a favor de su menor hija, y manifestó que no se encuentra en condiciones de arribar a un acuerdo del principio de oportunidad toda vez que no tiene un ingreso seguro, tal circunstancia es corroborada con los actuados en el proceso sumarísimo de alimentos, de los que se evidencia sin duda alguna que luego de haberse tramitado dicho proceso de alimentos y practicada la liquidación de pensiones alimenticias devengadas correspondiente al período enero de 2009 al mes de enero de 2011, la misma que fue notificada al hoy imputado para su pago, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público para la denuncia correspondiente, sin embargo dicho imputado no ha honrado dicha deuda. Finalmente, obra como elemento de convicción la firma sindicación y declaración de la señora Ana Virginia Machado Cornejo, quién es la denunciante y madre de la menor Azucena del Rosario Seminario Machado, la que manifiesta que el hoy imputado no ha cumplido con cancelar la deuda puesta a cobro.

CUARTO.- En atención a lo esbozado en el considerando precedente, es claro e innegable que se configuran en el presente caso los supuestos b) y c) del artículo 446° del Código Procesal Penal, en tanto el imputado ha confesado la comisión del delito, y además, los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, son evidentes de la comisión del delito imputado, por lo que es procedente la aplicación del proceso inmediato al presente caso.

Fundamentos por los cuales;

SE RESUELVE: DECLARAR PROCEDENTE LA INCOACION DEL PROCESO INMEDIATO en la investigación seguida contra RICARDO ANTONIO SEMINARIO LADINES, por el delito de omisión de asistencia familiar, en agravio de AZUCENA DEL ROSARIO SEMINARIO MACHADO, en consecuencia cumpla el representante del Ministerio Público, según lo prescrito por el artículo 448° del Código Procesal Penal, en formular acusación, luego de lo cual, el Juez de la Investigación Preparatoria remitirá lo actuado al Juez Penal competente, para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. **NOTIFIQUESE.**

CAPÍTULO I

Etapa Intermedia

Control de Sobreseimiento

SUBCAPÍTULO I

SOBRESEIMIENTO:**28****ELEVACIÓN DE LOS ACTUADOS EN CONSULTA AL FISCAL SUPERIOR**

"[...] Concluida la investigación preparatoria, el Ministerio Público [...] –según afirma- en la presente investigación no se presentarían los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de los delitos investigados, desprendiéndose que corresponderían a un tema de carácter privado, como es el contractual y obligacional, ante la existencia de un contrato suscrito entre las partes, con las formalidades de ley a efectos de realizar un acto jurídico como es la compraventa de especies perecibles, uva red globe, la misma que se ha fijado la forma, modo y pago de dicha negociación, el mismo que deberá interpretarse y solucionarse ante cualquier controversia, conforme a las normas del Código Civil; además, porque el Derecho Penal es fragmentario y constituye la "última ratio" entre los instrumentos que tiene el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad".

"[...] A criterio de este Juggado, existen suficientes elementos de convicción sobre la existencia del delito de libramiento indebido, pues, es evidente que el hoy investigado Estuardo Rigoberto Plasencia Díaz ha girado un cheque a favor de la empresa agraviada, conforme lo acredita el cheque numero 0000115, que en copia obra a folios siete en autos; es evidente también que dicho cheque no pudo hacerse efectivo, y que ello estuvo motivado por la falta de fondos, según se desprende de la copia de folios siete vuelta y de la carta de folios treinta y ocho, remitida por el Banco de Crédito del Perú; y, finalmente, que el hoy investigado no ha cancelado el importe del cheque, pese a haberse requerido formalmente con tal finalidad, según carta notarial de folios nueve".

Base Legal: NCPP: Art. 346.1º; LTV: Art. 178.1º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE ZARUMILLA**

EXPEDIENTE	: 2010-019-0-JIPZ
JUEZ	: OSWALDO S. VELARDE ABANTO
IMPUTADO	: ESTUARDO RIGOBERTO PLASENCIA DÍAZ EMILIO ANTONIO CHIANG TELLO
AGRAVIADO	: SOCIEDAD AGRARIA ESTANISLAO DEL CHIMU S.A.C. ESTUARDO RIGOBERTO PLASENCIA DÍAZ
ASISTENTE CAUSAS	: FABY MERCADO SANDOVAL
ASISTENTE DE AUD	: VÍCTOR ODAR BARRETO
DELITO	: LIBRAMIENTO INDEBIDO DEFRAUDACIÓN – ABUSO DE FIRMA EN BLANCO

Resolución N° Seis
Zarumilla, diecinueve de octubre
Del año dos mil diez

AUTOS y VISTOS, DADO CUENTA con el presente expediente; y escrito que antecede, **AGREGUESE** a los Autos; y, **CONSIDERANDO:**

Primero.- Que, constituye materia de investigación en la presente causa penal, los hechos siguientes:

La imputación efectuada contra Estuardo Rigoberto Plasencia Díaz, en el sentido que habría girado a favor de la Empresa Sociedad Agraria Estanislao Del Chimú SAC, el cheque numero 0000115, por la suma de veinticuatro mil cuatrocientos diecisiete nuevos soles (S/. 24,417.00) con cargo a la cuenta corriente numero 575-1611702097 del Banco de Crédito del Perú, el cual no ha sido cancelado por falta de fondos en la indicada cuenta. Asimismo, el mencionado denunciado no ha cumplido con cancelar dicho monto no obstante haber sido requerido mediante carta notarial que le fuera dirigida con tal finalidad.

La imputación efectuada contra Emilio Antonio Chiang Tello, en el sentido que, en su condición de representante legal de la empresa "Sociedad Agraria Estanislao Del Chimú S.A.C." habría llenado en forma abusiva y deliberadamente y sin conocimiento de Estuardo Rigoberto Plasencia Díaz, el cheque numero 0000115, por la suma de veinticuatro mil cuatrocientos diecisiete nuevos soles (S/. 24,417.00) con cargo a la cuenta corriente numero 575-1611702097 del Banco de Crédito del Perú; cheque que le fuere entregado en blanco y únicamente con la firma de Plasencia Díaz, habiendo consignado en él un contenido fraudulento y diferente a lo acordado, generándose un derecho inexistente.

Por tales hechos se ha formalizado investigación preparatoria contra Estuardo Rigoberto Plasencia Díaz

como presunto autor del delito de libramiento indebido en agravio de la empresa “Sociedad Agraria Estanislao Del Chimú S.A.C.” y, contra Emilio Antonio Chiang Tello, como presunto autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de defraudación, en la modalidad de abuso de firma en blanco, en agravio de Estuardo Rigoberto Plasencia Díaz.

Segundo.- Que, concluida la investigación preparatoria, el Ministerio Público ha formulado requerimiento de sobreseimiento por ambos delitos, en tanto que –según afirma– en la presente investigación no se presentarían los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de los delitos investigados, desprendiéndose que corresponderían a un tema de carácter privado, como es el contractual y obligacional, ante la existencia de un contrato suscrito entre las partes, con las formalidades de ley a efectos de realizar un acto jurídico como es la compraventa de especies perecibles, uva red globe, la misma que se ha fijado la forma, modo y pago de dicha negociación, el mismo que deberá interpretarse y solucionarse ante cualquier controversia, conforme a las normas del Código Civil; además, porque el Derecho Penal es fragmentario y constituye la “última ratio” entre los instrumentos que tiene el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad.

Tercero.- Que, analizados los alegatos expuestos por el señor Fiscal y revisados los actuados de la carpeta fiscal que se ha tenido a la vista, a criterio de este Juggado, existen suficientes elementos de convicción sobre la existencia del delito de libramiento indebido, pues, es evidente que el hoy investigado Estuardo Rigoberto Plasencia Díaz ha girado un cheque a favor de la empresa agraviada, conforme lo acredita el cheque número 0000115, que en copia obra a folios siete en autos; es evidente también que dicho cheque no pudo hacerse efectivo, y que ello estuvo motivada por la falta de fondos, según se desprende de la copia de folios siete vuelta y de la carta de folios treinta y ocho, remitida por el Banco de Crédito del Perú; y, finalmente, que el hoy investigado no ha cancelado el importe del cheque, pese a habersele requerido formalmente con tal finalidad, según carta notarial de folios nueve.

Cuarto.- Que, tal circunstancia, conlleva a elevar los actuados al señor Fiscal superior, en tanto que, se considera también que el alegato expuesto por el denunciado en el sentido que dicho título valor fue entregado en garantía y entregado en blanco, no constituye argumento suficiente para desvirtuar la tesis de imputación, máxime si tenemos en cuenta que, conforme a las normas sobre la materia (Art. 178.1 de la Ley de Títulos Valores - referido a las limitaciones sobre emisión y negociación de cheques), prescribe que “... El Cheque, como instrumento de pago, no puede ser emitido, endosado o transferido en garantía...” lo cual deja sin sustento lo alegado por el investigado Plasencia Díaz. Adicionado a ello, si bien presenta copia certificada de denuncia por pérdida de documentos, en los que estaría el cheque materia de denuncia, ello incluso se contradice con su propio argumento de defensa, pues, de haberse extraviado la chequera, como es que habría dado en garantía dos cheques a la empresa agraviada; por lo demás, aún cuando ello fuese cierto, el cheque fue girado en fecha posterior a los quince días del bloqueo de la cuenta, siendo evidente que el no pago estuvo motivado no por bloqueo (por la presunta pérdida de dicho título valor), sino por la falta de fondos de la cuenta girada, conforme a la constancia de fecha dieciocho de mayo del dos mil nueve, colocada por el Banco en el reverso del título valor.

Quinto.- Finalmente, el Juggado no comparte el argumento expuesto por el señor Fiscal Provincial en el sentido que no se presentarían los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal del delito de libramiento y que correspondería a un tema de carácter privado - contractual y obligacional, ante la existencia de un contrato suscrito entre las partes; pues, si bien existe un documento con el que se acredita el compromiso de contratar entre imputado y agraviado; sin embargo, no se consigna en el que Plasencia Díaz deje o haya hecho entrega de cheques en calidad de garantía como se alega; siendo que, los elementos objetivos del tipo consistentes en girar un cheque, que este no se haya pagado por falta de fondos, ha sido debidamente evidenciado; por tanto, se ha evidenciado una conducta delictiva que no puede sucumbir por la existencia de un contrato entre las partes, más aún si no se advierte, como se reitera, cláusula alguna en tal sentido.

Por estas consideraciones, de conformidad con lo prescrito por el artículo 346º, inciso 1, del Código Procesal Penal, **SE RESUELVE:**

1. ELEVAR LOS ACTUADOS AL SEÑOR FISCAL SUPERIOR a fin de que emita pronunciamiento ratificando o rectificando el requerimiento fiscal de sobreseimiento emitido por el señor Fiscal provincial, en cuanto al delito de LIBRAMIENTO INDEBIDO.

2.- RESERVAR EMITIR PRONUNCIAMIENTO respecto al delito de ABUSO DE FIRMA EN BLANCO hasta que los actuados retornen de la Fiscalía Superior. Notifíquese conforme a ley.

SOBRESEIMIENTO:**29****ELEVACIÓN DE LOS ACTUADOS EN CONSULTA AL FISCAL SUPERIOR**

"[...] De lo antes indicado se colige que si existen elementos de convicción objetivos que vincula al imputado con los hechos investigados conforme a lo detallado en el informe técnico de accidente de tránsito, por la propia declaración del imputado y los elementos de convicción presentados por la Fiscalía para formalizar la investigación preparatoria; siendo innecesario pronunciarse sobre los demás elementos de convicción presentado por la Fiscalía para sustentar su requerimiento de sobreseimiento".

Base Legal: CP: Art. 111°; NCPP: Arts. 344.1°; 344.2.d, 346°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO
CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE CUSCO**

EXPEDIENTE	: 692-2010-83-1001-JR-PE-04
JUEZ	: REYNALDO OCHOA MUÑOZ
MINISTERIO PÚBLICO	: TERCERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE CUSCO
IMPUTADO	: JUAN FERMÍN CORIHUAMAN ARIAS
AGRAVIADO	: QEVF JOSÉ GALICIA MOLINA
ESPECIALISTA	: YULIY MADANI PUMACHAPI
DELITO	: HOMICIDIO CULPOSO

Resolución N° Seis
Cusco, seis de mayo
Del año dos mil once

I. PARTE EXPOSITIVA:

El Despacho de Decisión Temprana de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cusco, formula requerimiento de sobreseimiento de la causa en el proceso seguido contra Juan Fermín Ccorihuaman Arias por la presunta comisión del delito contra la vida el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio culposo derivado de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria, alternativamente por el delito de homicidio culposo derivado de la inobservancia de las reglas técnicas de tránsito en agravio de los herederos legales del QEVF José Galicia Molina. Se realizó el debate en la audiencia preliminar de control de sobreseimiento y de la oposición formulada por la parte agraviada; siendo el estado del proceso el de resolver el sobreseimiento.

II. PARTE CONSIDERATIVA:**1. ANTECEDENTES DEL PROCESO**

1.1. Con fecha veintiocho de mayo del dos mil diez, el Despacho de Decisión Temprana de la Tercera Fiscalía Penal Corporativa de Cusco dicta disposición de formalización de investigación preparatoria contra el imputado Juan Fermín Ccorihuaman Arias, por la presunta comisión del delito contra la vida el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio culposo derivado de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria, tipificado en el segundo párrafo del artículo 111° del Código Penal y; alternativamente por el delito contra la vida el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio culposo, derivado de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito, tipificado en el último párrafo del artículo 111° del Código penal en agravio del que en vida fue José Galicia Molina y de sus herederos legales.

2. CONDUCTAS QUE HA SIDO OBJETO DEL SOBRESEIMIENTO

De los hechos investigados se advierte que en fecha 09 de enero del año 2010, a partir de las 05:00 horas, Juan Fermín Ccorihuaman Arias, chofer del camión recolector de basura sin placa de rodaje de propiedad de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, conjuntamente que Tomas Rocca Galicia y Bacilides Espinoza Carbajal, comienzan su labor de recojo de basura en el distrito de San Sebastián; precisando que Tomas Rocca Galicia y Bacilides Espinoza Carbajal tenían por función el recojo y/o acopio de la basura en los lugares próximos, coordinando el avance del vehículo con el chofer, sujetándose estos en la parte trasera del

vehículo donde existe tanto en el lado izquierdo y derecho una plataforma con su respectivo pasamanos. Ese día, colaboraba el que en vida fue Juan Fermín Ccorimanya Arias, chofer de otro camión, pero al encontrarse en reparación su vehículo, es que fue designado para que apoye a sus compañeros, aunándose a la labor de acopio que efectuaban Tomas Rocca Galicia y Bacilides Espinoza Carbajal; es al culminar el recojo en el sector de la vía de evitamiento, margen derecha, altura del paradero denominado "Gradas", aproximadamente a las 07:30 horas, el vehículo avanza, y es cuando a José Galicia Molina intenta abordar el vehículo en marcha, hacía la plataforma de la puerta izquierda de la caseta y apoyarse en el soporte del retrovisor, es que tropieza con el borde de la vereda y cae a la pista siendo sobrepasado por las dos llantas izquierdas del vehículo; al advertir este hecho Juan Fermín Ccorimanya Arias, para el vehículo, y advierte que el camión había sobrepasado por las dos piernas de José Galicia Molina, por lo que inmediatamente, conjuntamente con sus otros compañeros lo auxilian y lo conducen al hospital más cercano donde fallece.

3. ELEMENTOS DE CONVICCIÓN PRESENTADOS POR LA FISCALÍA

3.1 A fojas 20, obra el acta de intervención policial, de fecha 09 de enero del año 2010.

3.2 A fojas 21, obra el acta de apoyo a intervención policial.

3.3 A fojas 23, obra el acta de situación vehicular.

3.4 A fojas 26/30, obra la declaración del denunciado Juan Fermín Ccorihuaman Arias, chofer del camión recolector de basura.

3.5 A fojas 31/33, obra la declaración testimonial de Tomas Rocca Galicia, trabajador de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, quien presencio los hechos materia de investigación, pues en ese momento cumplía labores de acopio de basura.

3.6 A fojas 34/35, obra la declaración de Marta Aurelia Quispe Rocca, cónyuge de José Galicia Molina.

3.7 A fojas 36, obra el Certificado de Dosaje Etílico, practicado a Juan Fermín Ccorihuaman Arias, el cual arroja como resultado negativo para alcohol.

3.8 A fojas 37, obra el certificado de dosaje etílico, practicado a José Galicia Molina, cuyo resultado arroja negativo para Alcohol.

3.9 A fojas 44/58, obra el Informe Técnico Nro. 001-X-DIRTEPOL-RPC-DIVTRANDIAT, elaborado por el Departamento de Investigación de Accidentes de Tránsito del Cusco, respecto a los hechos materia de investigación.

3.10 A fojas 62/63, obra el Protocolo de Necropsia Nro. 009-2010, practicado a José Galicia Molina.

3.11 A fojas 71/73, obra la declaración de Fernando Becerra Rojas, apoderado de la Municipalidad Distrital de San Sebastián.

3.12 A fojas 77/78, obra la declaración de María Delsy Calderón Pílares, Jefa de la Unidad de Recursos Humanos de la Municipalidad Distrital de San Sebastián.

3.13 A fojas 80/81, obra la declaración de Luis Pedro Quispe Ccama, Gerente de Servicios Básicos de la Municipalidad Distrital de San Sebastián.

3.14 A fojas 117/119, obra la ampliación de manifestación de Juan Fermín Ccorihuaman Arias.

3.15 A fojas 120/122, obra la ampliación de la declaración testimonial de Tomas Rocca Galicia.

3.16 A fojas 132/133, obra el acta de reconstrucción de los hechos materia de investigación.

3.17 A fojas 213, obra 02 CD, que contiene las agravaciones de la diligencia de reconstrucción de los hechos.

3.18 A fojas 203, obra el dictamen pericial Nro. 2010002002689, practicado a José Galicia Molina, cuyo

resultado para alcohol, es negativo.

3.19 A fojas 204/206, obra la declaración testimonial de Bacilides Espinoga Carbajal.

4. ANÁLISIS DEL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO:

4.1. Se cuenta con el Informe Técnico N° 001-X-DIRTEPOL-RPC-DIVITRAN-DIAT que contiene las investigaciones realizadas por personal policial especializado sobre el accidente de tránsito ocurrido el día 09 de enero del 2010 donde falleció José Galicia Molina, de dicho informe se desprende lo siguiente hechos: a) Que el vehículo circulaba sin placa de rodaje. b) Que el imputado Juan Fermín Ccorihuaman Arias, conductor del vehículo, se desplazaba por el carril contrario, y; c) Conforme a las conclusiones de dicho informe se tiene que el factor predominante ha sido la imprudencia del peatón y la negligencia del conductor ahora imputado José Galicia Molina al no tener consideración y cuidado con el peatón, al desplazarse sin utilizar el espejo retrovisor y percatarse la presencia del peatón que trataba de colgarse; al no emplear mecanismos obligatorios y necesarios para este tipo de operativos, detallados en el análisis integral del informe técnico lo cual esta corroborado con su primera declaración prestada a la policía (folio 26-30) donde asume su responsabilidad sobre todo al contestar la pregunta N° 16.

4.2. Se tiene la Disposición N° 03 de formalización de investigación preparatoria en contra de Juan Fermín Ccorihuaman Arias, la Fiscalía a cargo del caso ofreció como elementos de convicción para sustentar la formalización de investigación preparatoria entre otros el Informe Técnico N° 001-X-DIRTEPOL-RPC-DIVITRAN-DIAT analizado en el numeral 4.1 de la presente resolución y las actas de audiencia de acuerdo reparatorio de fojas 86 donde el imputado reconoce los cargos que se le imputan, es decir la fiscalía formalizo investigación preparatoria sustentado entre otros elementos de convicción el Informe Técnico de accidente de tránsito y las actas de acuerdo reparatorio donde el imputado reconoce los hechos imputados, los cuales no han sido enervados durante el periodo de la investigación preparatoria.

4.3. De lo antes indicado se colige que si existen elementos de convicción objetivos que vincula al imputado con los hechos investigados conforme a lo detallado en el informe técnico de accidente de tránsito, por la propia declaración del imputado y los elementos de convicción presentados por la Fiscalía para formalizar la investigación preparatoria, siendo innecesario pronunciarse sobre los demás elementos de convicción presentado por la Fiscalía para sustentar su requerimiento de sobreseimiento.

5. PRESUPUESTOS DEL SOBRESEIMIENTO INVOCADO POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

5.1 La Fiscalía a cargo del caso ha invocado en su requerimiento escrito de sobreseimiento lo dispuesto artículo 344° numeral 1 y 2 literal d) del Código Procesal Penal, cuya proposición normativa es la siguiente: d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundamentadamente el enjuiciamiento del imputado, esta causal es muy similar a la del literal a), cuando dispone que se debe declarar el sobreseimiento cuando no es posible atribuir al imputado el hecho objeto de la causa.

5.2 En la audiencia el señor fiscal a cargo del caso ha reformulado como causal del sobreseimiento el artículo 344.1°. b) cuya proposición normativa es la siguiente: b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación o de inculpabilidad o de no punibilidad, que regula todo los supuestos que amparan la excepción de improcedencia de acción (artículo 6.1°. b): atipicidad, comprende tanto las imputaciones atípicas puras como la presencia de una causa de justificación (el hecho no constituye delito), y los casos de no punibilidad, que comprenden las condiciones objetivas de punibilidad y las causas de exclusión de la punibilidad (no es justiciable penalmente).

6. PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

6.1 El artículo 346° del Código Procesal Penal, regula el pronunciamiento del Juez de la Investigación Preparatoria, si no considera procedente el requerimiento de sobreseimiento, expedir un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial.

Por estas consideraciones, **SE RESUELVE:**

III. PARTE RESOLUTIVA:

1. ELEVAR las actuaciones al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique el requerimiento de sobreseimiento de la causa seguida contra Juan Fermín Ccorihuaman Arias, por la presunta comisión del delito contra la vida el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio culposo derivado de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria, tipificado en el segundo párrafo del artículo 111° del Código Penal y; alternativamente por el contrario la vida el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio culposo, derivado de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito, tipificado en el último párrafo del artículo 111° del Código penal en agravio del que en vida fue José Galicia Molina.

2. NOTIFÍQUESE a las partes procesales.

SOBRESEIMIENTO:**30****ELEVACIÓN DE LOS ACTUADOS EN CONSULTA AL FISCAL SUPERIOR**

"[...] El imputado en su condición de Presidente de la Apafa [...] habría solicitado verbalmente se le haga entrega de la suma de dinero [...] para pagos al personal de limpieza del mencionado colegio; sin embargo, no obstante el requerimiento hecho por los demás directivos para que cumpla con dicho propósito y su propio compromiso señalando una fecha, no lo ha hecho, apropiándose de dicha suma dineraria en perjuicio de la mencionada asociación de padres de familia".

"[...] Respecto al fundamento del señor Fiscal en el sentido de que la entrega del dinero no fue ilícito por no estar dentro de sus funciones de los demás directivos hacerle entrega del dinero al imputado, sino fue un acto de negligencia y por ello no podría configurarse el ilícito penal, no resulta razonable concluir de ese modo, ya que el imputado como Presidente en pleno ejercicio de funciones, solicitó dicho dinero para satisfacer una necesidad existente de la Apafa como era el pago al personal de limpieza, y si bien es cierto, ello le correspondía al Tesorero; sin embargo, dicha negligencia no le quita la ilicitud de la apropiación del dinero hecha por el imputado; lo contrario significaría dejar en impunidad dicha conducta que causa perjuicio en el patrimonio de la parte agraviada".

Base Legal: CP: Art. 190°; NCPP: Arts. 344.1°, 344.2°, 346.1°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO
PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE CUSCO**

EXPEDIENTE	: 00375-2011-99-1001-JR-PE-01
JUEZ	: ROGER JIMENEZ LUNA
MINISTERIO PÚBLICO	: TERCERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE CUSCO
IMPUTADO	: VALDEZ TOLEDO, HECTOR ENRIQUE
AGRAVIADO	: APAFA DE LA GRAN UNIDAD ESCOLAR INCA GARCILAZO DE LA VEGA
ESPECIALISTA	: LIA MILAGROS CASTRO WARTHON
DELITO	: APROPIACIÓN ILÍCITA

Resolución N° Tres**Cusco, veintiséis de setiembre****Del año dos mil once****MATERIA:**

Emitir pronunciamiento judicial sobre el requerimiento de sobreseimiento solicitado por la Fiscal Provincial Penal de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cusco – tercer Despacho de Investigación-

I.- ANTECEDENTES:**a) Itinerario del Procedimiento:**

1.1.- El 19 de agosto del 2011, el señor Fiscal Provincial Penal de la fiscalía mencionada solicita el sobreseimiento de la investigación preparatoria a favor del imputado Héctor Enrique Valdez Toledo por la presunta comisión del Delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Apropiación Ilícita previsto y penado por el primer párrafo del Art. 190° del Código Penal, en agravio de APAFA de la Gran Unidad Escolar Inca Garcilazo de la Vega (página 2-7),

1.2.- El 22 de agosto del 2011, este Juzgado de Investigación Preparatoria, admite a trámite el requerimiento por resolución judicial Nro. 1 (página 8), corriéndose traslado a las demás partes procesales, para su oposición, de ser el caso.

1.3.- El 9 de setiembre del 2011, por resolución judicial Nro. 2 se cita audiencia preliminar de control sobreseimiento.

1.4.- El 21 de setiembre del 2011, se realiza la audiencia preliminar de control de sobreseimiento, con la presencia y participación del señor Fiscal y la defensa Pública que asiste al imputado; oportunidad en la cual se argumentó oralmente el pedido de sobreseimiento, así como la conformidad que presta la Defensa

Técnica del imputado.

b) Cuestión a resolver:

La cuestión principal que plantea la fiscalía es que se sobresea la investigación porque considera que no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no cuenta con elementos de convicción suficientes para solicitar fundamentamente el enjuiciamiento del imputado.

II.- ANÁLISIS:

Premisa Jurídica:

2.1.- El legislador nacional ha previsto el sobreseimiento de la causa penal en el artículo 344.2° del Código Procesal Penal, al regular los supuestos en los que procede el sobreseimiento; siendo estos a) cuando el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado; b) cuando el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; c) cuando la acción penal se ha extinguido; y d) cuando no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundamentamente el enjuiciamiento del imputado. El subrayado es nuestro

2.2.- El Sobreseimiento: Según Gómez Colomer, citado por Gálvez Villegas¹ el auto de sobreseimiento es la resolución judicial que pone fin al proceso una vez concluido el procedimiento preliminar, y antes de abrirse el juicio oral, con efectos de cosa juzgada, por no ser posible, una acusación fundada, bien por inexistencia del hecho, bien por no ser el hecho punible, bien, finalmente, por no ser el responsable quien hasta esos momentos aparecía como presunto autor.

2.3.- Por su parte, el autor argentino, Alberto Martín Binder al desarrollar el tema del sobreseimiento, precisa que “lo mismo puede ocurrir con un sobreseimiento, ya que éste implica una grado de certeza total o, al menos en principio, el mismo grado de certeza necesario para una sentencia absolutoria. Si el requerimiento de sobreseimiento no demuestra que existe ese grado de certeza, tendrá un vicio sustancial, no relacionado con el cumplimiento de las formas necesarias para la validez del pedido”

Premisa fáctica:

2.4.- Tesis de la Fiscalía para solicitar el sobreseimiento:

a) Imputación: El señor Fiscal luego de realizar las investigaciones preliminares mediante el Acto Fiscal N° 011 de fecha 25 de marzo del 2011, procedió a formalizar investigación preparatoria por la supuesta comisión del Delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Apropiación Ilícita previsto y penado por el primer párrafo del Art. 190 del Código Penal, en agravio de APAFA de la Gran Unidad Escolar Inca Garcilazo de la Vega bajo los siguientes hechos:

“Que, el denunciado Héctor Enrique Valdez Toledo en su condición de presidente de la APAFA de la Gran Unidad Escolar Inca Garcilazo de la Vega, con fecha 20 de mayo del 2010 recibió la suma de diez mil cincuenta nuevos soles (\$ 10, 050,00), dinero de propiedad de la APAFA que estaba destinado al pago de las remuneraciones del personal de limpieza de la Gran Unidad Escolar Inca Garcilazo de la Vega correspondientes al año 2010, pagos que se debería efectuar mensualmente a favor de Lucía María Gibaja Huayhua, Natividad Huayhua Callalli y Julia Vandéiglesias Andrade; Y que pese a los constantes requerimientos de devolución a la institución, hasta la fecha no ha cumplido con devolverlos”.

b) Refiere como fundamentos principales los siguientes: Que, de lo actuado durante la investigación, según declaración de Jaime Surco Quispe, Tesorero de APAFA, se tiene, que el día 19 de mayo del 2010, los directivos de la APAFA recibieron la suma de s/ 16,200.00 producto del alquiler de los cuatro kioscos ubicados en el interior del colegio, ese mismo día el denunciado como Presidente de APAFA solicita verbalmente se le entregue el dinero correspondiente al pago de las remuneraciones de las trabajadoras de limpieza, que asciende a la suma de s/10.000.00 nuevos soles con el fin de depositar a una cuenta mancomunada a nombre de su persona y una de las trabajadoras, acordando reunirse el día 20 de mayo del 2010 para depositar el dinero en una cuenta en la Caja Municipal de Cusco.

¹ Tomás Aladino Gálvez Villegas, El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos, explicativos y críticos, Jurista Editores –Lima-2009, p.693.

En esa fecha, se abre la Cuenta N° 106042321008982708 a nombre de Héctor Enrique Valdez Toledo, Jaime Surco Quispe y Quintín Álvarez Chuchullo, donde se depositó todo el dinero. El mismo día, se retira s/12,050.00 de los cuales se le hace entrega al denunciado s/10, 050.00, para que conforme al acuerdo verbal sea depositado en una cuenta a nombre de su persona y una de las trabajadoras de limpieza.

Que, si bien es cierto, en la carpeta fiscal existe copia del recibo, que en copia certificada obra a fojas 62, donde se observa que el denunciado habría recibido el dinero con fecha 20 de mayo del 2010, sin embargo, de su contenido se observa que no indica cual era el fin destinado al dinero, expresando: "...que es para el pago del personal de servicio del limpieza del Colegio Inca Garcilaso de la Vega", además, haciendo una observación somera al documento, se advierte, que la firma que aparece en el recibo que se le atribuye al denunciado es totalmente distinto a la firma que obra en acta de reunión de directivos de APAFA que obra a fojas 10,11; no existe en autos el reporte del movimiento económico que acredite el depósito y/o retiro del dinero de la Caja Municipal Cusco, menos documento donde la directiva de APAFA haya autorizado la apertura de otra cuenta para depositar el dinero a nombre del denunciado y una trabajadora de servicio, pero sí se puede afirmar y está acreditado que ha existido acuerdo verbal entre los denunciados Jaime Surco Quispe y Quintín Álvarez Chuchullo, Tesorero y Secretario de APAFA, respectivamente y el denunciado Héctor Enrique Valdez Toledo, hecho que admite el primero de los nombrados en su declaración que obra a fojas 40 a 42, al indicar, que el día 20 de mayo del 2010 se apertura la cuenta, se depositó todo el dinero, retirando el mismo día s/ 12,050.00, procediendo luego a entregar al denunciado s/10,050.00", es decir, el dinero habría sido entregado por los denunciados como miembros de la junta directiva al denunciado como Presidente de APAFA.

Siendo esto así, la conducta del denunciado Héctor Enrique Valdez Toledo no se encuadraría dentro del tipo penal de apropiación ilícita, previsto en el artículo 190° del Código Penal, en vista que no existe elementos de convicción que acredite la obligación del denunciado de entregar, devolver o hacer un uso determinado, sino más bien este hecho obedecería a la actitud, negligente del Tesorero y Secretario de APAFA (hoy denunciantes), quienes en forma irregular han autorizado que los recursos económicos de APAFA tenga destino diferente, incumpliendo sus funciones, en caso del primero, establecido en el Artículo 27°, literal a) y g) del Reglamento de APAFA, aprobado por D.S. N° 004-2006-ED, que refiere, que son funciones del Tesorero, entre otras, Llevar el control de ingresos y egresos de la Asociación: velar por el Patrimonio de la Institución; en tanto, en caso del segundo, lo dispuesto en el artículo 24° literal e). Funciones del Consejo Directivo, que indica: "Administrar los recursos de la Asociación, dando cuenta del movimiento económico mensual en las sesiones ordinarias de la Asamblea General para su aprobación, poniendo en conocimiento del Consejo de Vigilancia ..), tanto más, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 85 del acotado reglamento (Administración de kioscos escolares) "Los fondos provenientes de la administración o concesión de los kioscos escolares son depositados en una cuenta de ahorros específica, independientemente de los otros ingresos de la asociación, con la firma solidaria del Presidente y Tesorero del Consejo Directivo", hecho que implica que no era posible abrir cuenta de ahorro distinta a la establecida en el reglamento, sumado a ello, ha existido ausencia de fiscalización de la gestión económica de APAFA por parte del Consejo de Vigilancia y padres de familia, situación que ameritaría que la asociación adopte las acciones disciplinarias contra los responsables de acuerdo a su estatuto, dejando constancia, que el acta de reunión de directivos de APAFA de fecha 17 de septiembre del 2010, que obra a fojas 10 y 11 (compromiso de devolución de dinero) e informe económico de APAFA de fecha 26 de octubre del 2010, de fojas 22 a 24, no determina la conducta delictiva del denunciado por ser de fecha posterior al ilícito denunciado, que en todo caso se debe tomar en cuenta para las acciones que adopte la Asociación.

Que, para que se configure el delito de apropiación ilícita previsto en el artículo 190° del Código Penal, es requisito sine qua non que el sujeto activo haya entrado en posesión del bien apropiado con la obligación de su posterior devolución o entrega, por lo que respecto al bien hay dos momentos: uno lícito, que es la entrada en posesión legítima del bien y otro ilícito, que es la no devolución en la que existe un ánimo de apropiarse indebidamente de un bien. En cuanto a la imputación objetiva y subjetiva, incurre en delito de apropiación ilícita quien recibe un bien o dinero ilícitamente con la obligación de entregar o devolver y luego no cumple con dicha obligación, por tanto la apropiación ilícita se materializa cuando el agente realiza actos de disposición o da un uso determinado o un bien mueble que ha recibido lícitamente, incorporando a su patrimonio ya sea el bien del que se ve privado el propietario o el valor incorporado a él. El ilícito materia de imputación es eminentemente doloso, por lo que el agente debe conocer y querer la apropiación, requiriéndose además un elemento subjetivo del tipo, cual es el ánimo de lucro y el de obtener un beneficio y provecho.

De otro lado, el tipo penal antes indicado, exige que la posesión en custodia, depósito, administración o

cualquier otra forma semejante, provenga de un encargo cierto y legal, con el cual el título que por ello se confiera al sujeto encargado, sea igualmente cierto, presupuestos que no se dan en el presente caso.

Análisis Jurídico y fáctico:

2.5.- El Delito de Apropiación Ilícita:

a) Regulación Normativa: Este ilícito penal de presunta comisión por el imputado, se encuentra regulado en el artículo 190°, primer párrafo, del Código Penal, describe la siguiente conducta antijurídica:

“El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

b) El Bien Jurídico Tutelado: La figura delictiva señalada tiene a tutelar el patrimonio, de forma concreta la propiedad que el orden jurídico le reconoce a su titular, en cuanto a la plena disponibilidad de los derechos reales inherente a la misma, que se ven mermados y afectados de forma significativa, cuando el agente se apropia de bien en franca contravención a la ley, no devolviendo el bien que tiene la obligación de restituir a su dueño ².

c) Tipicidad Objetiva:

Sujeto activo: Siguiendo la doctrina nacional, no puede ser cualquier persona el sujeto activo, pues la propia estructuración típica se revela una condición específica para ser autor de este injusto, al requerirse una determinada relación jurídica con el sujeto pasivo, de la cual se derive el derecho de restitución que ostenta la víctima sobre el bien, por lo que se trataría de un delito especial ³. Quien no tenía la obligación de devolver el bien, nunca podrá ser autor de Apropiación Ilícita, por lo general su conducta esta incurso en el tipo penal de Hurto.

Sujeto pasivo: Será en definitiva el propietario, quien ve mermado sus facultades inherentes al derecho real de propiedad, cuando el bien mueble no es restituido a su esfera de custodia. En el supuesto de apropiación de bienes fungibles – específicamente de dinero – puede ser el titular de los derechos del crédito que emergen de cualquiera de los títulos a que se refiere el precepto ⁴.

Modalidad Típica: Según se desprende de la redacción normativa del tipo penal en examen, el agente se encuentra incurso en esta infracción criminal, cuando se - apropia indebidamente – de un bien mueble; quiere decir esto, que el objeto material del delito debe haber ingresado a su esfera de custodia de una forma - lícita-, no puede haber obtenido el bien mediando la modalidad de sustracción que toma lugar en el caso del delito de Hurto.

El título debe causar la obligación de entregar o de devolver, entre las cuales la regla menciona al depósito, la comisión y la administración y en una fórmula amplia, “otro título semejante que produzca la obligación de entregar o devolver”, comprende a todos los actos que transfieren materialmente la custodia o vigilancia del bien mueble ⁵.

Para que pueda hablarse de retención indebida, enseña Soler, es necesaria la preexistencia de un poder no usurpado sobre la cosa; de un poder de hecho legítimamente adquirido ⁶.

Tipo subjetivo del injusto: La figura delictiva sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe dirigir su conducta a la apropiación de un bien o su uso determinado, sabiendo que tenía el deber de devolverlo. El propósito delictivo se orienta a la asunción de un nuevo dominio sobre el bien.

² Angelotti, D, citado por Peña Cabrera, R; Tratado de Derecho Penal, parte Especial, tomo II, pág. 264.

³ Salinas Siccha, R. citado por Peña Cabrera Freyre, Derecho Penal Parte Especial, tomo II, pág. 265.

⁴ Peña Cabrera, R, citado por Peña Cabrera Freyre, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, pág. 265.

⁵ Peña Cabrera, R, citado por Peña Cabrera Freyre, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, pág. 267.

⁶ Soler, S, citado por Peña Cabrera Freyre, Derecho Penal Parte Especial, tomo II, pág. 267.

2.6.- Resultado de la Investigación Preparatoria: Apreciados los actos de investigación desarrollados por la Fiscalía se tiene lo siguiente:

- a) El imputado Héctor Enrique Valdez Toledo, fue elegido Presidente de la Asociación de Padres de Familia de la Gran Unidad Escolar “Inca Garcilazo de la Vega” para el período comprendido entre el 2 de mayo del 2010 hasta el 2 de mayo del 2012. (Credencial de página 61 de la carpeta fiscal).
- b) El 19 de mayo del 2010, los directivos de la APAFA, entre ellos el Presidente – ahora imputado - recibieron la suma de s/. 16,200.00 producto del alquiler de los cuatro kioscos ubicados en el interior del colegio. (Declaración Testimonial de Jaime Surco Quispe – Tesorero- de página 40-42 de la carpeta fiscal).
- c) El 20 de mayo del 2010 los directivos abrieron la Cuenta N° 106042321008982708 en la Caja Municipal de Cusco a nombre de Héctor Enrique Valdez Toledo, Jaime Surco Quispe y Quintín Álvarez Chuchillo, y depositaron los s/. 16,200.00. (Declaración Testimonial de Jaime Surco Quispe – Tesorero- de página 40-42 de la carpeta fiscal).
- d) El 20 de mayo del 2010, los directivos mencionados retiran la suma de dinero ascendente a s/.12,050.00. (Copia del voucher de la Caja Municipal Cusco de 20 de mayo del 2010 a página 9 de la carpeta fiscal).
- e) El 20 de mayo del 2010, el imputado como Presidente de la Apafa recibe la suma dineraria de \$ 10050.00 nuevos soles para pagos al personal de limpieza del Colegio Inca Garcilazo de la Vega. (Copia del recibo a manuscrito a página 8 de la carpeta fiscal).
- f) El 17 de setiembre del 2010, en reunión de Directivos de la Apafa, al tratarse el tema de las señoras de limpieza de los baños del Colegio Inca Garcilazo de la Vega, el imputado como Presidente, ofrece solucionarlo cuanto antes y precisa que devolverá el dinero el 30 de setiembre del mencionado año. Señalando además que a partir del mes de octubre de dicho año el pago lo realizará el Tesorero y no su persona. (Copia del acta de reunión de directivos de la Apafa “Gran Unidad Escolar Inca Garcilazo de la Vega”, página 10-11 de la carpeta fiscal).

2.7.- Conclusión:

- a) Apreciando en conjunto los actos de investigación desarrollados en la investigación se tiene que el imputado en su condición de Presidente de la Apafa de la Gran Unidad Escolar Inca Garcilazo de la Vega, habría solicitado verbalmente se le haga entrega de la suma de dinero ascendente a 10,050.00 nuevos soles para pagos al personal de limpieza del mencionado colegio; sin embargo, no obstante el requerimiento hecho por los demás directivos para que cumpla con dicho propósito y su propio compromiso señalando una fecha, no lo ha hecho, apropiándose de dicha suma dineraria en perjuicio de la mencionada asociación de padres de familia.
- b) Que, esta conducta desarrollada por el imputado configura el ilícito penal de Apropiación Ilícita y existen suficientes elementos de convicción, al concurrir los elementos objetivos como son la apropiación indebida de dinero – 10,050.00 nuevos soles- que se le entregó en razón de su cargo de Presidente de la Apafa, para el pago al personal de limpieza –uso determinado - y no lo hizo. Así mismo, respecto al elemento subjetivo, que viene a ser el dolo, se puede inferir de la conducta del imputado que éste solicitó –intención- a los demás directivos, la entrega del dinero y luego se apropió del mismo -conocimiento y voluntad-, al no haberle dado el fin para el que le fue entregado.
- c) Respecto al fundamento del señor Fiscal en el sentido de que la entrega del dinero no fue ilícito por no estar dentro de sus funciones de los demás directivos hacerle entrega del dinero al imputado, sino fue un acto de negligencia y por ello no podría configurarse el ilícito penal, no resulta razonable concluir de ese modo, ya que el imputado como Presidente en pleno ejercicio de funciones, solicitó dicho dinero para satisfacer una necesidad existente de la Apafa como era el pago al personal de limpieza, y si bien es cierto, ello le correspondía al Tesorero; sin embargo, dicha negligencia no le quita la ilicitud de la apropiación del dinero hecha por el imputado; lo contrario significaría dejar en impunidad dicha conducta que causa perjuicio en el patrimonio de la parte agraviada.

III.- DECISIÓN:

Por lo precedentemente expuesto considera desestimar el sobreseimiento de la investigación y en consecuencia discrepar con el mismo y aplicar lo dispuesto en el artículo 346, numeral 1, del Código Procesal Penal.

SE RESUELVE:

1.- DECLARAR INFUNDADO el requerimiento de sobreseimiento **SOBRESEIMIENTO TOTAL** a favor del imputado Héctor Enrique Valdez Toledo como autor por la presunta comisión del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Apropriación Ilícita prevista en el Artículo 190, primer párrafo del Código Penal en agravio de la APAFA de la Gran Unidad Escolar Inca Garcilazo de La Vega.

2.- ELEVAR los actuados a la Fiscalía Superior Penal para que **RATIFIQUE o RECTIFIQUE** la solicitud del Fiscal Provincial. Hágase Saber.

SOBRESEIMIENTO:**ELEVACIÓN DE LOS ACTUADOS EN CONSULTA AL FISCAL SUPERIOR**

"[...] Se tiene que hay aspectos que el Ministerio Público, inicialmente los había considerado y han sido además materia para que se disponga la realización de una cantidad innumerable de diligencias lo que ha merecido que el proceso sea declarado complejo y es más que este Despacho otorgue una prórroga dentro del proceso complejo, para que se puedan dilucidar los extremos esgrimidos en las disposiciones fiscales del Ministerio Público".

"[...] Cada una de las premisas iniciales y fácticas de las que parte el Ministerio Público para investigar a una persona y para garantizar el derecho de los imputados, debe estar absolutamente resuelta en un sentido positivo o negativo, es decir, determinándose si efectivamente las personas o las imputaciones no se dieron por una u otra razón lo que no ocurre en el caso de autos; lo que ocurre es que de todas las premisas iniciales que permitieron la investigación inicial, muchas de ellas ha quedado en el aire, y no obstante el Ministerio Público, pese a tener la obligación de realigar las investigaciones y diligencias que dispuso -él mismo- a través de sus disposiciones fiscales, nunca realizó estas diligencias, por lo que en efecto existen muchos extremos de las imputaciones iniciales que no han sido debidamente aclaradas por el Ministerio Público".

[...] Estando a los considerando precedentes y a los cuestionamientos efectuados por este Despacho, respecto de las precisiones efectuadas por el Ministerio Público, en su requerimiento fiscal de sobreseimiento, como por ejemplo que se habría acreditado de manera adecuada la procedencia legal del dinero, se tiene que este Despacho, no está conforme y no concuerda con este requerimiento de sobreseimiento, siendo que no puede amparar éste [...]"

Base Legal: Ley 27765: Art. 2º modificado por DL N° 986; NCPP: Arts. 342º, 344.2º, 346.1º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE PUNO**

EXPEDIENTE	: 00212-2010-51-2101-JR-PE-02
JUEZ	: MARÍA CANDELARIA MORALES SEGURA
MINISTERIO PÚBLICO	: FISCALÍA ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
IMPUTADO	: LIZARRAGA TICONA, FRANCISCO y OTRA
AGRAVIADO	: ESTADO PERUANO
ESPECIALISTA DE AUD.	: LUIS YERSON CHARAJA CRUZ
DELITO	: LAVADO DE ACTIVOS

**Resolución N° Cuatro
Puno, veintidós de junio
Del año dos mil once**

VISTOS.- El requerimiento de sobreseimiento planteada por la Fiscalía Provincial Especializada en delitos de Tráfico Ilícito de Drogas sede Juliaca, respecto de las imputaciones, específicamente, del delito de Lavado de Activos provenientes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, en su modalidad de Actos de Ocultamiento y Tenencia, previsto y sancionado por el artículo 2º de la Ley 27765, modificado por el Decreto Legislativo 986, imputación que se efectúa en contra de Carmen Yolanda Ari Suca y Francisco Lizárraga Ticona, se tiene también, que el Ministerio Público a cumplido con señalar y sustentar su requerimiento de sobreseimiento en el análisis fáctico, en las imputaciones iniciales, así como todos aquellos elementos de convicción recabados durante la etapa de investigación, y los aportados por las partes en el ejercicio irrestricto al derecho de defensa que tienen por mandato constitucional. Igualmente, en cuanto a los extremos del sobreseimiento, el Ministerio Público ha concluido que de su exposición proceden y deben ser invocadas las causales para acceder al sobreseimiento que están previstas en el numeral 2) del artículo 344º del Código Procesal Penal, básicamente los previstos en los literales a), b) y d), específicamente el literal a), en cuanto a que, el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuirseles a los imputados; en cuanto al inciso b), que el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; y, en cuanto al inciso d), que no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento de los imputados en este caso. A su turno, la defensa técnica de los imputados ha tenido el espacio para poder [exponer] sus argumentos y ha señalado que ellos en principio han acreditado la procedencia legal del dinero y así aparecería de la carpeta fiscal en las investigaciones efectuadas por el representante del Ministerio Público; igualmente, ha señalado en cuanto a las imputaciones iniciales que pesaban sobre Carmen Yolanda Ari Suca, imputándole la comisión del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, habrían sido desvirtuadas, por cuanto,

tiene una sentencia absolutoria a su favor emitida por la Corte Suprema; además, documento detallado no solamente por la defensa técnica de los imputados, sino también por el representante del Ministerio Público; finalmente, ha señalado que efectivamente está acreditado cual era el motivo por la que la ciudadana Carmen Yolanda Ari Suca, se encontraba transportando este dinero y que además se habría acreditado con prosperitajes contables, libros y demás el origen lícito del dinero.

I. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Conforme aparece de la formalización de investigación preparatoria que da origen a la presente investigación, se tiene que los hechos materia de investigación son los siguientes: Que, doña Carmen Yolanda Ari Suca, habría sido intervenida en el puesto de Ojerani de Puno al promediar las ocho y treinta de la mañana del día ocho de diciembre del año dos mil nueve, la misma que venía procedente de la localidad de Desaguadero a bordo de un vehículo, a la misma que se le encontró la suma de ochenta y nueve mil trescientos cincuenta dólares americanos, inicialmente la imputada habría señalado que este dinero debía de entregarlo a Reynaldo Paredes, también habría precisado que el dinero le fue entregado por Francisco Lizárraga Ticona, para la adquisición de un cargador frontal en la República de Chile, razón por que ella habría viajado a Desaguadero un día antes; finalmente, dentro de las imputaciones e indagaciones iniciales, se tiene que ella habría señalado una versión diferente, es decir, primeros que desconocía la cantidad de dinero que ella llevaba, teniendo en consideración que ella fue encontrada dentro de un vehículo de la Empresa "Sammy Tours", conforme aparece de la disposición de formalización de investigación preparatoria, que habría recibido el dinero de una ciudadana boliviana en la localidad de Desaguadero y no pudiendo dar mayores datos sobre este extremo; finalmente, habría dicho que se trataba de noventa mil dólares americanos, suma que debía entregar a Reynaldo Paredes, diciendo inicialmente que desconocía su segundo apellido; sin embargo, posteriormente pudo identificarlo como Reynaldo Paredes Mamani, hermano del dueño del inmueble, en el cual, aparentemente la investigada alquilaba –en ese momento– una habitación y éste de dedicaba a actividades mineras, una vez recibida su declaración ampliatoria la investigada habría cambiado su versión, señalando que el dinero le habría sido entregada en la ciudad de Juliaca por su compadre Francisco Lizárraga Ticona, quien se dedica a la actividad minera y obviamente con la intención que adquiriera un cargador frontal en la República de Chile; que a su turno, Francisco Lizárraga Ticona, refiere que el dinero es lícito y proviene primero de un contrato o de un mutuo celebrado con su padrino Martín Roncal Flores por la suma de treinta mil dólares americanos y lo demás procede de préstamos de diferentes entidades financieras como el Banco de Crédito, Caja Municipal de Arequipa, Financiera Mi Banco entre otros y además también ha sustentado que él tiene una empresa de nombre "FRANCIS" y justamente el resto del dinero obedecería a sus ahorros producto de su trabajo.

El Ministerio Público, inicialmente habría tipificado y habría imputado los hechos materia de investigación en el delito previsto y sancionado por el artículo 2º de la Ley 27765 modificado por el Decreto Legislativo 986, es decir que los hechos investigados constituirían el delito de Lavado de Activos prevenientes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, en la modalidad de Actos de Ocultamiento y Tenencia; teniendo en consideración que, inicialmente se recogió una requisitoria en contra de Carmen Yolanda Ari Suca, del Juzgado de Sandía, por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas.

SEGUNDO.- Es necesario señalar y precisar que el presente proceso y en uso de sus facultades que el Código Procesal Penal le confiere al Ministerio Público, fue declarado en su oportunidad complejo, por ende mereció que el Ministerio Público, luego de vencidos los plazos ordinarios, solicitará a este Despacho la prórroga del proceso –en este caso– de proceso complejo, hecho al cual el Juzgado accedió con fecha doce de octubre del dos mil diez, otorgándole una prórroga por el plazo de ocho meses, contados conforme se señala, a partir de la realización de la audiencia en donde se notificó con la resolución. En este extremo, es necesario señalar que el Ministerio Público con fecha quince de abril del año dos mil once, da por concluida la investigación argumentando, conforme aparece de la disposición fiscal número cinco guión dos mil once, que los plazos otorgados, es decir las prórrogas y demás otorgados por el Juzgado, habrían vencido en todos sus extremos y es así que con fecha veintiséis de abril del año dos mil once, se comunica esta disposición al Juzgado, es necesario señalar en este extremo, haciendo el cálculo inicial del período de prórroga otorgado por este Despacho a través de la audiencia celebrada con fecha doce de octubre del año dos mil diez, se declara fundada el requerimiento de prórroga de investigación preparatoria y se le concede la misma por el plazo de ocho meses, plazo que vencería recién en el mes de junio; sin embargo, el Ministerio Público dio por concluida la investigación antes del vencimiento de este plazo.

TERCERO.- En el caso de autos, se tiene que de las imputaciones iniciales e imputaciones que sirvieron para

declarar el proceso complejo y solicitar en su momento la prórroga de este proceso complejo, se señalan entre otros una serie de diligencias, dentro de las cuales cuentan; básicamente, la declaración de Reynaldo Paredes Mamani; igualmente el Ministerio Público, a través de una asistencia judicial internacional, solicita información a la hermana República de Bolivia, respecto de los antecedentes que pudieran tener los imputados en dicho país por Tráfico Ilícito de Drogas, también respecto de los bienes que pudieran tener y finalmente respecto de las transacciones o movimientos mercantiles o comerciales, efectuados en el banco Mercantil Santa Cruz, atendiendo a que el dinero que le es encontrado además a la imputada, tenía un cintillo de seguridad del Banco Mercantil Santa Cruz, conforme ha señalado el Ministerio Público en este acto de audiencia, a la fecha no existe resultado alguno de esta información o por lo menos no se habría logrado concretizar esta asistencia judicial internacional al no haber sido remitida la información al Ministerio Público.

CUARTO.- Es necesario señalar que, en el caso de autos, que el Ministerio Público sostiene entre otros que el presente proceso debe sobreeserse atendiendo a que efectivamente se habría acreditado la procedencia legal del dinero encontrado a la imputada Carmen Yolanda Ari Suca, en este entender inicialmente, si bien se le encontró el dinero a la imputada antes indicada, se habría determinado posteriormente que conforme aparece así del relato circunstanciado del Ministerio Público, que el dinero pertenecía en realidad a don Francisco Lizárraga Ticona; y, este dinero tenía un destino, cual era adquirir maquinaria pesada aparentemente en el país de Chile; es así que, Francisco Lizárraga al momento de sustentar el origen lícito del dinero, básicamente indica lo siguiente: que habría suscrito un mutuo por la suma de treinta mil dólares americanos con su padrino la persona de Carlos Martín Roncal Flores, a cuyo efecto habrían celebrado un documento ante la notaría Vásquez Romero, con fecha veinticuatro de noviembre del dos mil nueve; efectivamente se puede verificar de las disposiciones fiscales de formalización, ampliación y pedidos de prórroga, que una de las diligencias ordenadas era la verificación de estos documentos ante la notaría Vásquez Romero, a lo que el Ministerio Público ha reconocido que no aparecen efectuadas estas verificaciones, ni estas indagaciones; tenemos en otro extremo, que se ha dicho se acreditaría el dinero encontrado con los préstamos bancarios, a cuyo efecto aparecen conforme ha referido el Ministerio Público, los cronogramas de pago a la Caja Municipal de Arequipa, por la suma de diez mil nuevos soles y un cronograma de pagos a la Financiera Mi Banco por la misma suma; sin embargo, aparece del requerimiento de sobreseimiento, que existían estos préstamos y básicamente se decía que la Empresa Mi Banco, le había prestado la suma de tres mil dólares, el Banco de Crédito la suma de diez mil dólares y la Caja Municipal de Arequipa una suma similar, teniéndose que el Ministerio Público ha rectificado este extremo y ha señalado que los préstamos están efectuados en soles y no en dólares; se tiene también que, existe un peritaje contable que estable que la Empresa “FRANCIS” de Francisco Lizárraga Ticona, tendría un balance positivo al treinta y uno de diciembre del dos mil nueve por la suma de sesenta y siete mil seiscientos cinco punto treinta y cuatro dólares americanos, en este extremo es necesario señalar que se ha indicado que la empresa tiene su origen en el testimonio otorgado por Francisco Lizárraga ante la Notaría Pública Quintanilla Chacón, el mismo que tendría la condición de titular, es decir Gerente, pero además, aparecería como propietario, no habiendo mayor detalle al respecto, siendo su rubro el de actividades mineras exploración, explotación y transporte, todos relacionados con la minería; sin embargo, al momento de señalar los documentos remitidos por la Empresa minera Cartagena S.A.C. y específicamente por el Jefe de la Unidad Económica de esa empresa, se tiene que, efectivamente, existen facturas y existe un contrato de obra conforme ha señalado el representante del Ministerio Público, y este contrato de obra, además tendría como objeto la construcción de una vía de acceso y obras civiles efectuadas, siendo que, el objeto de este contrato difiere de la razón social o específicamente del rubro, al que señaló a través del testimonio del imputado Francisco Lizárraga Ticona se dedicaría a la Empresa “FRANCIS”; igualmente, se tiene que efectuado el control de información, el Ministerio Público ha podido detallar que la factura otorgada por la Empresa “FRANCIS” a la Empresa Minera “CARTAGENA”, por la suma de trece mil doscientos noventa y tres punto sesenta y ocho nuevos soles, efectivamente señala simplemente que el concepto o el monto por la emisión de esta factura está relacionado con trabajos efectuados y que aparecen en una valorización adjunta, la misma que no obra en la carpeta fiscal; finalmente, y en este extremo de la acreditación del dinero, se tiene que efectivamente que la mayor cantidad de dinero provendría del préstamo suscrito entre el imputado Francisco Lizárraga y –su padrino– Martín Roncal Flores, no fue materia de verificación, pero además el señor Roncal acreditaría a través del testimonio emitido en febrero del año dos mil uno ante la Notaría Yangali, ser propietario de la Empresa “ESENCOG”; sin embargo, como ha referido el Ministerio Público este extremo no ha sido verificado, teniendo en consideración que esta minuta es del dos mil uno y no se tiene a ciencia cierta, si efectivamente la misma sigue en ejercicio y los ingresos que podría haber generado tratándose de una sociedad anónima al efecto de poder acreditar la procedencia también del dinero que el señor Roncal habría prestado al imputado Francisco Lizárraga Ticona; finalmente, es necesario señalar, que en el caso de autos, existe un contrato de intermediación comercial suscrito también en una Notaría Pública, entre Francisco Lizárraga y su comadre la imputada Carmen Yolanda Ari Suca; sin

embargo, respecto a este contrato de intermediación comercial y conforme se había ordenado en las disposiciones fiscales de formalización de investigación preparatoria, no aparecen actuaciones de verificación en las diferentes notarias, en este extremo es necesario señalar que existe una pro forma de venta emitida por una Empresa de Exportación de Maquinaria Chilena, específicamente CONTINENTAL MAQUINARIAS CHILE, la misma que estaría ubicada, conforme se ha señalado y precisado de la pro forma en Talca, región Maule de Chile, en esta se detalla la forma de efectuar las transacciones, el desaduanaje, así como la liberación de fondos y la forma de pago, conforme a podido referir el Ministerio Público al dar lectura a algunos aspectos de esta pro forma de venta; se tiene que, esta localidad de Talca, ubicada en la localidad de Maule – Chile, no es colindante con nuestro país, ni es cercana, siendo que una de las imputaciones iniciales fueron las inexplicables circunstancias que es intervenida doña Yolanda Ari Suca, es decir que a ella no se le encontró viajando desde la ciudad de Juliaca, donde dice ella haber recibido el dinero de parte de su coimputado ahora Francisco Lizárraga hacia Desaguadero – Tacna, sino todo lo contrario se le encuentra procedente de la localidad de Desaguadero, hecho que tampoco ha sido materia de aclaración por parte del Ministerio Público, menos aún el extremo que corroboraría esta intervención inicial, es decir, que ella procedía de la localidad de Desaguadero o probablemente incluso de otro país, cuando se dice de parte del Ministerio Público que, el dinero se habría encontrado con un cintillo de seguridad del Banco Comercial de Santa Cruz, a cuyo efecto el Ministerio Público conforme aparece de sus disposiciones fiscales dispone oportunamente que, a través de un procedimiento de asistencia judicial se remita esta información, teniéndose que esta información a la fecha no habría llegado, desconociendo este Despacho las demás gestiones efectuadas por el representante del Ministerio Público, en su momento.

QUINTO.- Conforme puede advertirse de los dos considerandos previamente esgrimidos, se tiene que hay aspectos que el Ministerio Público, inicialmente los había considerado y han sido además materia para que se disponga la realización de una cantidad innumerable de diligencias lo que ha merecido que el proceso sea declarado complejo y es más que este Despacho otorgue una prorrogación dentro del proceso complejo, para que se puedan dilucidar todos los extremos esgrimidos en las disposiciones fiscales del Ministerio Público; es necesario, señalar en este extremo que el Ministerio Público por mandato constitucional tiene la carga de la prueba y el monopolio del ejercicio de la acción penal, en los delitos de persecución pública como el que nos ocupa en el caso materia de análisis, debemos recordar que el delito que nos ocupa es un delito de Lavado de Activos procedentes del Tráfico Ilícito de Drogas, con particularidades especiales, como así lo recoge la ley que prevé este tipo de delitos y además el propio Acuerdo Plenario número tres guión dos mil diez, respecto al delitos de Lavado de Activos. En relación a la norma que prevé estos delitos, debemos señalar que este delito está previsto en el artículo 2° de la Ley Penal contra el Lavado de Activos, la misma que fue modificada en el artículo 2°, específicamente el que contempla la conducta imputada a Carmen Yolanda Ari Suca y Francisco Lizárraga Ticona y establece básicamente en el artículo 2° que ha sido materia de modificación por el Decreto Legislativo 986, que comete este delito el “que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta, dentro del territorio de la república o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso”, estableciendo además la pena privativa con la que debe ser sancionado este tipo de delitos.

Esta Ley Penal contra el lavado de activos que además tiene un desarrollo bastante preciso en relación a las omisiones de comunicaciones y operaciones o transacciones sospechosas respecto a las reglas de investigación establece además en el artículo 6° en la disposición común, que el origen ilícito que conoce o puede presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso, el conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente corresponde a conductas punibles en la legislación penal como Tráfico Ilícito de Drogas, Terrorismo, ósea nos da una gama de delitos de los cuales pueden provenir, además, este dinero, recursos o bienes. En el segundo párrafo, que además es importante resaltar para el caso que nos ocupa, señala básicamente lo siguiente; en los delitos materia de la presente ley no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes efectos o ganancia se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria; y esto además, obedece a la naturaleza que ya ha sido desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina de un delito como el Lavado de Activos. Así tenemos, que se dice que este delito de Lavado de Activos es un delito de naturaleza pluriofensivo, y es un delito que a merecido un tratamiento especial y específico porque se entiende además que está relacionado con muchos otros actos ilegales que se puedan realizar; es así, que básicamente se dice que este delito requiere básicamente lo siguiente; que el agente que realiza la conducta típica pueda tener, ocultar o transferir el dinero que los activos existan, es decir que el dinero existe, en efecto, se ha verificado que el dinero existe y además no solamente ha sido materia de una incautación sino también ha sido materia de pedidos de devolución por parte de la defensa técnica; igualmente, que exis-

tan indicios sobre la ilicitud proveniente de un delito fuente, lo que quiere decir que a esta etapa todavía no hablamos de pruebas que acrediten la licitud o ilicitud y que existieron actividades –varias delictivas– que pudieron dar origen a estos actos o a este tipo de activos o dinero siendo que efectivamente no es necesario que exista una investigación sobre el delito; y, además, puntualizando que no existe relación accesoria entre lavado de activos y el delito fuente, en este elemento subjetivo se habla del dolo directo e inclusive del dolo eventual dentro del desarrollo conforme parece, además, del propio Sexto Pleno Jurisdiccional.

Es necesario resaltar que el Sexto Pleno Jurisdiccional, en este extremo, establece que la prueba sobre el conocimiento del delito fuente y el conjunto de los elementos objetivos del delito de lavado de activos, será normalmente la prueba indiciaria, teniendo en consideración además que esta clase de actividades delictivas muy propias de criminalidad organizada, la prueba va ser idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa, siendo que al exigirse en muchos casos la prueba directa, éste sería además un delito imposible en su comisión; además, ha sido recogido por un sin número de tratadistas y además por la ley –que en este acto– hemos analizado, es más el Acuerdo Plenario en este extremo señala que efectivamente el bien jurídico protegido es básicamente la legitimidad de los bienes y capitales, además de ser un delito de naturaleza pluriofensivo por el origen y la forma en la que se configura este delito; es necesario, señalar además que en el propio acuerdo plenario y específicamente en los puntos treinta y dos y treinta y tres, se tiene que la Corte Suprema, ha señalado como premisas a tomar en cuenta dentro de este tipo de delitos en el punto treinta y dos del Acuerdo Plenario establece lo siguiente: El artículo 6° de la Ley establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación o proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria, ello se reconoce con la simple vinculación de la actividad de Lavado de Activos con el delito fuente que no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de accesoriadad, que es básicamente lo que se señaló inicialmente. En el otro extremo, señala además que si bien es cierto que la prueba sobre el conocimiento del delito fuente y el conjunto de los elementos objetivos del delito de Lavado de Activos será normalmente la prueba indiciaria, que no es habitual, en esta clase de actividades delictivas que son propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaria será idónea y útil para suplir las carencias de prueba directa; además, en este extremo establece la existencia de los elementos del tipo legal analizado, deberá ser inferida a partir de un razonamiento lógico inductivo apoyada en reglas de inferencia que permitan llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas, lo que se tiene básicamente en este caso, es que, efectivamente en este delito lo que quiere sancionar es la tenencia o la circulación de manera ilegal de activos, dinero o bienes provenientes de actividades que se deben presumir son ilícitas y esto además obedece a diferentes patrones y a parámetros dentro de su investigación que también lo da el Sexto Pleno Jurisdiccional y la norma a través de la ley penal contra el lavado de activos. En este sentido, nosotros encontramos que éstos han sido recogidos en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria.

SEXTO.- En este extremo, este Despacho y teniendo en cuenta la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria, así como las que amplían los plazos durante la investigación y el requerimiento de prórroga de plazo complejo, se tiene que existe una incongruencia entre las premisas iniciales que determinaron la investigación contra los ciudadanos Francisco Lizárraga Ticona y Carmen Yolanda Ari Suca, teniendo en consideración que muchas de las diligencias allí descritas o las premisas de las que parte el Ministerio Público, no han sido resueltas al concluirse la investigación.

SÉTIMO.- En este extremo se hace necesario señalar que en efecto, el artículo 342° establece los plazos de la investigación y finalmente le otorga la posibilidad al Ministerio Público, que pueda concluir la investigación cuando el así lo considere necesario, no estando el Ministerio Público de ningún modo supeditado a que concluyan los plazos, hecho que debe estar materializado y que debe aparecer en su disposición fiscal de conclusión, siendo que, toda disposición fiscal debe estar además sustentada de manera adecuada. En el caso de autos, el Ministerio Público ha señalado entre otros que la disposición fiscal que da por concluida la investigación fiscal, que la da por concluida por cuanto habrían vencido los plazos de investigación, hecho que como se ha advertido durante la presente audiencia, no se ajusta a la verdad, teniendo en consideración que el Ministerio Público, tenía todavía plazo de investigación hasta el mes de junio al habersele otorgado una prórroga con fecha doce de octubre del año dos mil diez.

OCTAVO.- Es necesario señalar que, en el extremo peticionado por el Ministerio Público, que cada una de las premisas iniciales y fácticas de las que parte el Ministerio Público para investigar a una persona y para garantizar el derecho de los imputados, debe estar absolutamente resuelta en un sentido positivo o negativo, es decir, determinándose si efectivamente las personas o las imputaciones no se dieron por una u otra razón lo que no ocurre en el caso de autos; en el caso de autos, lo que ocurre es que de todas las premisas iniciales

que permitieron la investigación inicial, muchas de ellas ha quedado en el aire, y no obstante el Ministerio Público, pese a tener la obligación de realizar las investigaciones y diligencias que dispuso –él mismo– a través de sus disposiciones fiscales, nunca realizó estas diligencias, por lo que en efecto existen muchos extremos de las imputaciones iniciales que no han sido debidamente aclaradas por el Ministerio Público.

NOVENO.- En este extremo es necesario y además señalar que por todas aquellas divergencias encontradas y analizadas en los considerando precedentes, es decir la falta de realización de diligencias entre otros y que no han sido materia de pronunciamiento por parte del Ministerio Público, al solicitar su requerimiento de sobreseimiento, debe ser materia de una evaluación minuciosa y detallada a efectos de garantizar el derecho de ambas partes, es decir, el derecho de los imputados y también el derecho del Estado Peruano, quien en este caso resulta ser la parte agraviada.

DÉCIMO.- En este sentido, y estando a los considerando precedentes y a los cuestionamientos efectuados por este Despacho, respecto de las precisiones efectuadas por el Ministerio Público, en su requerimiento fiscal de sobreseimiento, como por ejemplo que se habría acreditado de manera adecuada la procedencia legal del dinero, se tiene que este Despacho no está conforme y no concuerda con este requerimiento de sobreseimiento, siendo que no puede amparar este, por las razones antes esgrimidas, máxime si se tiene en cuenta que los presupuestos iniciales, respecto de los cuales existían elementos conuición de manera inicial no habrían sido dilucidados; es necesario señalar en este extremo y conforme aparece del artículo 346° numeral 1) del Código Procesal Penal, se determina la posibilidad que el Juez, si no considera procedente este requerimiento, expedirá un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior para que pueda ratificar o rectificar la solicitud del Fiscal Provincial. Siendo que en este caso, debe operar esta figura a efectos que sea el Superior quien pueda determinar la procedencia o no del sobreseimiento requerida por la Fiscalía Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas.

UNDÉCIMO.- Finalmente, es necesario a través de esta resolución y este auto también exhortar a los representantes del Ministerio Público, máxime tratándose de una Fiscalía Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y frente a los señalamientos de los acuerdos plenarios en este extremo y básicamente al desarrollo de las políticas criminales por parte del Estado peruano, guardar el mayor celo durante las investigaciones de este tipo de delitos, en los cuales conforme reconoce los acuerdos plenarios antes señalados y la propia ley, se tratan de delitos pluriofensivos y esto guarda relación con el irrestricto derecho de defensa de los imputados, quienes necesitan salir, en todo caso, absueltos de todos y cada uno de los cargos que el Ministerio Público les imputó primigeniamente. En este sentido y estando a los considerando precedentes.

ESTE DESPACHO RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE el requerimiento de SOBRESEIMIENTO planteado por el representante del Ministerio Público, específicamente por la FISCALÍA ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS con sede en Juliaca, respecto de los imputados CARMEN YOLANDA ARI SUCA y FRANCISCO LIZARRAGA TICONA, a los mismos que se les imputó, inicialmente, la comisión del delito de Lavado de Activos provenientes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, en la modalidad de Actos de Ocultamiento y Tenencia, en agravio del Estado Peruano, conducta prevista y sancionada en el artículo 2° de la Ley 27765, modificada por el Decreto Legislativo 986, de fecha veintidós de julio del año dos mil siete, por los considerandos que aparecen esgrimidos precedentemente.

SEGUNDO.- En cumplimiento estricto de lo que prevé el artículo 346° numeral uno del Código Procesal Penal; se **DISPONE**, la **ELEVACIÓN** de todas las **ACTUACIONES al FISCAL SUPERIOR** competente, para que pueda ratificar o rectificar la solicitud del Fiscal Provincial.

**SOBRESEIMIENTO:**

OPOSICIÓN DE LA PARTE AGRAVIADA, SOLICITANDO SE REALICE UNA INVESTIGACIÓN SUPLEMENTARIA

"[...] Al respecto conforme lo hemos esbozado en los numerales 3.1 y 3.2 de la presente resolución, el señor Fiscal a cargo del caso justifica su requerimiento de sobreseimiento por no haberse llevado a cabo el peritaje contable y es precisamente en que se fundamenta la oposición al sobreseimiento por la Procuraduría Anticorrupción del Distrito Judicial del Cusco".

"[...] El señor Fiscal establece como causal de sobreseimiento lo prescrito por el artículo 344° inciso 2, literal d) del Código Procesal Penal por la imposibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y porque no hay elementos de convicción suficientes, lo cual no es cierto; porque si es posible incorporar el peritaje contable especializado, lo cual va a determinar si existe o no elementos de convicción suficientes".

"[...] La oposición debe ser declarada admisible y fundado por las consideraciones expuestas y la diligencia que debe realizarse de manera exclusiva es el peritaje contable especializado por un perito que debe designarse en la investigación suplementaria por la Fiscalía [...]".

Base Legal: CP: Arts. 387°, 389°, 401°; NCPP: Arts. 344°, 344.2.d, 345.2°, 346.5°

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE CUSCO

EXPEDIENTE	: 1252-2010-45-10-JR-PE-04
JUEZ	: REYNALDO OCHOA MUÑOZ
MINISTERIO PÚBLICO	: SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL DE WANCHAQ
IMPUTADOS	: HUGO GONZÁLEZ SAYAN, WASHINGTON ALOSILLA ROBLES Y OTROS
AGRAVIADO	: GOBIERNO REGIONAL CUSCO
ASIST. CAUSAS	: CARMEN ROSA CHAMPI MENDOZA
DELITO	: PECULADO, MALVERSACIÓN DE FONDOS, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Resolución N° Seis
Cusco, dos de septiembre
Del año dos mil once

I. PARTE EXPOSITIVA:

La Segunda Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq, formula requerimiento de sobreseimiento de la causa seguida contra Hugo Eulogio González Sayan, Washington Alosilla Robles, Gerardo Federico Adolfo Bastechea Blest y Marina Carlota Miranda Acuña, por la comisión de los delitos contra la tranquilidad pública, en su modalidad de delitos contra la paz pública, sub tipo ASOCIACIÓN ILÍCITA y por la comisión del delito contra la administración pública, en su forma delitos cometidos por funcionarios públicos, en su modalidad de peculado, sub tipo PECULADO y MALVERSACIÓN DE FONDOS y en la modalidad de corrupción de funcionarios, sub tipo ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, en agravio del ESTADO, representado por el Procurador Público Regional del Gobierno Regional Cusco Rhodo Ríos Hernerdt Straus y por la Procuraduría Pública Anticorrupción del distrito judicial del Cusco Dora Guillermina Mongón Valverde. Se realizó el debate en la audiencia preliminar de control de sobreseimiento, en la tercera sala de audiencias de los Juzgados de Investigación Preparatoria de Cusco, llevada en el día treinta y uno de agosto del año en curso conforme al registro de audio que obra en custodia; siendo el estado del proceso emitir la resolución correspondiente.

II. PARTE CONSIDERATIVA:

1. CONDUCTAS QUE HA SIDO OBJETO DEL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

1.1. Estando al contenido de la Disposición Fiscal Superior N° 408-2010-MP-4FSPA-CUSCO, que declara fundada la queja interpuesta y desaprueba la Disposición Fiscal que deniega accionar denuncia penal a favor de los ahora acusados por los delitos precisados en la parte expositiva de la presente resolución, disponiendo que la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq, formalice investigación preparatoria.

1.2. La Fiscalía Provincial a cargo del caso en cumplimiento al mandato del Fiscal Superior, formaliza in-

investigación preparatoria contra los imputados Hugo Eulogio González Sayan, Washington Alosilla Robles, Gerardo Federico Adolfo Basterrechea Blest y Marina Carlota Miranda Acuña, argumentando que en fecha 03 de septiembre del 2007 dieron inicio al Proyecto Regional de Alfabetización (PRA) donde convocaron al primer proceso de selección de personal, en el que determinaron que necesitaban 100 profesores en la primera fase, el mismo que comprendería las provincias de Espinar, Canas y Acomayo y después dijeron que el programa requeriría de 900 profesores en todo el proceso; posteriormente, la imputada Marina Carlota Miranda Acuña, al haber comprobado de que todo el presupuesto de UN MILLON DOSCIENTOS MIL NUEVOS SOLES ya se había agotado sin haber implementado, ni haber dado inicio al Plan de Alfabetización y declara que para la continuidad del programa para el año 2010 ya no existía presupuesto y no podía continuar con el Proyecto que habría sido creada desconociendo la propuesta del Gobierno Central denominado PRONAZA, así también, solicitaron a la empresa minera Xstrata Tintaya a fin de que se le proporcionen 98, 000 volúmenes de textos de alfabetización, los mismos que han sido entregados al Gobierno Regional Cusco, desconociéndose su actual paradero y el 25 de enero del 2010 el Presidente del Gobierno Regional Hugo Eulogio González Sayan, afirmó que el Programa, estaba completamente liquidado y que no se podía hablar más del tema, sin explicar cuando de presupuesto se ha gastado, cuáles fueron las remuneraciones percibidas, el costo de beneficio y la memoria anual de gestión del programa regional de alfabetización

2. ELEMENTOS DE CONVICCIÓN REUNIDOS DURANTE LA INVESTIGACION PREPARATORIA POR EL MINISTERIO PÚBLICO

2.1 La Fiscalía durante la audiencia preliminar ha sustentando su requerimiento de sobreseimiento en los siguientes elementos de convicción: a) Declaración a nivel fiscal del denunciante Jaime Facundo Aragón Núñez. b) Las Resoluciones Ejecutivas Regionales que designan a los imputados Washington Alosilla Robles y Gerardo Federico Adolfo Basterrechea Bles, como Gerente General Regional de Desarrollo Social y Director del Programa Regional de Alfabetización – PRAL – Cusco, respectivamente. c) Oficio dirigido a la profesora Marina Miranda Acuña. d) Guía metodológica de Alfabetización. e) Diseño curricular regional de alfabetización 2007. e) Proyecto de alfabetización en la provincia de Espinar. f) Proyecto Regional de Alfabetización Cusco. g) Informe Técnico Pre Liquidación año 2007. Proyecto de Alfabetización en la provincia de Espinar Avance financiero 2008, tomo I, II y III. h) Textos originales del Proyecto Regional de Alfabetización. i) Informe final de la comisión especial encargada de investigar los recursos utilizados en el proyecto. j) Fichas Reniec de los imputados. k) Informes que los imputados no registran antecedentes penales ni judiciales. l) Las declaraciones juradas de ingresos, bienes y rentas de los imputados. ll) El acta de designación de perito. m) Escrito presentado por el perito David Marcial Canal Bravo, que estima su honorarios profesionales en la suma de cinco mil con 00/100 nuevos soles. n) Providencia N° 07 de fecha 28 de febrero del 2011 que pone en conocimiento a las partes los honorarios propuestos por el perito. ñ) El informe emitido por la SUNARP-ZRNX respecto a los bienes que poseen los imputados.

2.2. De todos los elementos de convicción sustentados por la Fiscalía en la audiencia preliminar y esbozados precedentemente, ninguno de ellos pueden sustentar el requerimiento de sobreseimiento del proceso, puesto que estos elementos de convicción son documentos administrativos como son las resoluciones de designación en el cargo de confianza de los imputados, la guía metodológica, diseño curricular, informe técnico de pre liquidación, avances financieros son documentos propios del Proyecto, las fichas RENIEC, son información que acredita la identificación de los imputados y de ninguna manera la no comisión de un delito, de igual forma los informes de antecedentes penales y judiciales, no puede constituir elementos de convicción para sustentar el sobreseimiento, de igual forma el acta de designación de perito, el escrito presentado por el perito proponiendo sus honorarios y su providencia, no son pues elementos de convicción para sustentar un sobreseimiento y mucho menos el informe sobre los bienes de los imputados.

2.3. En cuanto a la declaración de Jaime Facundo Aragón Núñez, no es elemento de convicción para sustentar un sobreseimiento, puesto que este se ratifica en su declaración en la denuncia interpuesta contra los imputados. En cuanto al Informe Final de Comisión Especial encargada de investigar los recursos utilizados en el Proyecto Regional de Alfabetización – PRAL del Gobierno Regional Cusco, de ninguna manera este informe final, pueda ser considerado como elemento de convicción para sobreseer el proceso, como pretende la Fiscalía al sustentar el delito de peculado, al afirmar que en la presente investigación ha podido advertir que no existe perjuicio alguno a la entidad y que no existe lesividad a los intereses patrimoniales del Estado y afirma el señor Fiscal que el total del presupuesto ha sido ejecutado, y a la conclusión del mismo se ha formulado el documento denominado “Sistematización del proceso de alfabetización intercultural en la provincia de Espinar 2008” donde se detallan los objetivos y metas trazadas en dicho proyecto quedando un saldo de S/. 391.00 (trescientos noventa y uno con 00/100 nuevos soles) los cuales se encuentran en las

arcas del Gobierno Regional Cusco, por lo que la Fiscalía advierte que no existe ninguna apropiación o utilización de los caudales que haya ocasionado perjuicio económico alguno a la entidad pública.

3. JUSTIFICACIÓN DEL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO POR PARTE DE LA FISCALÍA A CARGO DEL CASO

3.1. El señor Fiscal a cargo del caso justifica su requerimiento de sobreseimiento a favor de los imputados Hugo Eulogio González Sayan, Washington Alosilla Robles, Gerardo Federico Basterrechea Blest y Marina Carlota Miranda Acuña, como presuntos autores de los delitos de Asociación Ilícita, Peculado, Malversación de Fondos y Enriquecimiento Ilícito, en agravio del Estado, en que los hechos materia de proceso en la presente investigación, para su probanza requerían de la realización de un peritaje contable especializado, en razón de la especial naturaleza del hecho delictivo vinculados a la administración, manejo de caudales o efectos del Estado y la aplicación de fondos públicos relacionado al ámbito contable de la administración pública, peritaje que ha sido dispuesto mediante Disposición Fiscal, el mismo que debió realizarse durante la investigación preparatoria, habiendo inclusive la Fiscalía declarado complejo la referida investigación preparatoria, sin haberse realizado el peritaje contable especializado.

3.2. Se desprende pues del razonamiento del señor Fiscal que existe contradicción, puesto que al justificar su requerimiento de sobreseimiento refiere expresamente que para la probanza de los hechos investigados se requería la realización de un peritaje contable y por otra parte al sustentar el delito de peculado concluye que no existe perjuicio alguno, que no existe lesividad alguna a los intereses patrimoniales del Estado, sustentando su afirmación en un documento denominado "Sistematización del proceso de alfabetización intercultural bilingüe en la provincia de Espinar 2008" que acredita para la Fiscalía que solamente existe un saldo de S/ 391.00.

4. OPOSICIÓN AL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO

4.1. La Procuraduría Pública Anticorrupción del distrito judicial del Cusco, al amparo del numeral 2) del artículo 345° del Código Procesal Penal ha presentado dentro del plazo, oposición al sobreseimiento del proceso, argumentando lo siguiente: a) Que no se ha trabajado el peritaje contable que determinaría la responsabilidad de los imputados. b) Que el Fiscal no ha dispuesto que el Gobierno Regional Cusco, el pago de los honorarios profesionales del perito, por ser el ente agraviado y responsable del manejo económico de los fondos del Estado. c) Que el Fiscal del caso y solicitante del sobreseimiento le ha requerido el pago de los honorarios profesionales, a sabiendas que no maneja los fondos del Gobierno Regional. d) Que la misma Fiscalía ha creado las condiciones administrativas imposibles de cumplir, por que los Procuradores no manejan fondos y los plazos establecidos eran cortos y que los honorarios eran excesivos y que el perito David Marcial Canal Brauo ha sido asesor del Gobierno Regional. e) Que la carga de la prueba le corresponde a la Fiscal del caso y no puede a solicitud de los imputados prescindir de la prueba. f) Que el Fiscal tiene la facultad de ejercer los mecanismos de coerción y coacción para el cumplimiento del pago de los honorarios profesionales por parte del Gobierno Regional del Cusco.

4.2 Al respecto conforme lo hemos esbozado en los numerales 3.1 y 3.2 de la presente resolución, el señor Fiscal a cargo del caso justifica su requerimiento de sobreseimiento por no haberse llevado a cabo el peritaje contable y es precisamente en que se fundamenta la oposición al sobreseimiento por la Procuraduría Anticorrupción del Distrito Judicial del Cusco.

4.3 La Abogada delegada de la Procuraduría del Gobierno Regional del Cusco durante la Audiencia Preliminar ha precisado que no se le ha requerido al Gobierno Regional Cusco el pago de los honorarios profesionales del perito.

5. PRESUPUESTOS DEL SOBRESEIMIENTO

5.1. El sobreseimiento, según el artículo 344° del Código Procesal Penal, procede solo en los siguientes casos:

a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuirse al imputado, se regulan dos supuestos: la inexistencia del hecho y la falta de indicios de responsabilidad criminal. El primer motivo atiende a la convicción del órgano jurisdiccional de que el hecho material que dio origen a la formación de la causa nunca existió en realidad¹. En el segundo supuesto al parecer el hecho existe, pero la investigación es incapaz de

¹ Gómez Colomer, J.L. (con Montero Aroca, Montón Redondo y Barona Vilar), derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 242.

establecer un nexo causal que permita atribuir al imputado el hecho delictivo. Se llega a la certeza absoluta de que faltan indicios racionales de criminalidad respecto al imputado.

b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación o de inculpabilidad o de no punibilidad, regula todos los supuestos que amparan la excepción de improcedencia de acción (art. 6.1°.b): atipicidad, comprende tanto las imputaciones atípicas puras como la presencia de una causa de justificación (el hecho no constituye delito), y los casos de no punibilidad, que comprenden las condiciones objetivas de punibilidad y las causas de exclusión de la punibilidad (no es justiciable penalmente).

c) La acción penal se ha extinguido, el artículo 78° del Código Penal establece que son causales de extinción de la acción penal: la muerte del imputado, la prescripción, la amnistía, el indulto y el derecho de gracia. La acción también se extingue por autoridad de cosa juzgada.

d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundamentadamente el enjuiciamiento del imputado, esta causal es muy similar a la del literal a), cuando dispone que se debe declarar el sobreseimiento cuando no es posible atribuir al imputado el hecho objeto de la causa.

5.2. El señor Fiscal establece como causal de sobreseimiento lo prescrito por el artículo 344° inciso 2, literal d) del Código Procesal Penal por la imposibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y porque no hay elementos de convicción suficientes, lo cual no es cierto; porque si es posible incorporar el peritaje contable especializado, lo cual va a determinar si existe o no elementos de convicción suficientes.

6. PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

6.1. El Artículo 346.5° del Código Procesal Penal, regula el pronunciamiento del Juez de la Investigación Preparatoria, en el supuesto del numeral 2 del artículo anterior es decir en la formulación de la oposición a la solicitud de archivamiento, si considera admisible y fundado disponer la realización de una investigación suplementaria indicando el plazo y las diligencias que el Fiscal debe realizar.

6.2. La oposición debe ser declarada admisible y fundado por las consideraciones expuestas y la diligencia que debe realizarse de manera exclusiva es el peritaje contable especializado por un perito que debe designarse en la investigación suplementaria por la Fiscalía en forma aleatoria y conforme a ley con conocimiento de las demás partes procesales y el plazo será precisado en forma razonada en la parte resolutive de esta resolución, teniendo en cuenta que el proceso ha sido declarado complejo por la Fiscalía y el pago de los honorarios será cubierto por el agraviado Gobierno Regional Cusco.

Por estas consideraciones, **SE RESUELVE:**

III. PARTE RESOLUTIVA:

1. DECLARAR ADMISIBLE Y FUNDADO LA OPOSICIÓN, formulada por la Procuraduría Pública Anticorrupción del Distrito Judicial del Cusco, al requerimiento de sobreseimiento solicitado por el Ministerio Público a favor de los imputados Hugo Eulogio González Sayan, Washington Alosilla Robles, Gerardo Federico Adolfo Basterrechea Blest y Marina Carlota Miranda Acuña, por la comisión de los delitos contra la tranquilidad pública, en su modalidad de delitos contra la paz pública, sub tipo ASOCIACIÓN ILÍCITA y por la comisión del delito contra la administración pública, en su forma delitos cometidos por funcionarios públicos, en su modalidad de peculado, sub tipo PECULADO y MALVERSACION DE FONDOS y en la modalidad de corrupción de funcionarios, sub tipo ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, en agravio del ESTADO, representado por el Procurador Público Regional del Gobierno Regional Cusco Rhodo Ríos Hernerdt Straus y por la Procuraduría Pública Anticorrupción del distrito judicial del Cusco Dora Guillermina Mongón Valverde.

2. SE DISPONE INVESTIGACION SUPLEMENTARIA por el plazo máximo de de dos meses, debiendo en dicho plazo practicarse el peritaje contable especializado, debiendo el señor Fiscal a cargo del caso ha proceder a la designación de un perito conforme a lo dispuesto en el numeral 6.2 de la presente resolución y requerir el pago por los honorarios profesionales del peritaje al Gobierno Regional Cusco, para lo cual hará valer los apremios que le faculta la ley, todo bajo responsabilidad funcional y las que pueda dar lugar.

3. NOTIFÍQUESE a las partes procesales.

SOBRESEIMIENTO:**EXISTENCIA DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN (LEGÍTIMA DEFENSA)**

“[...] Deberá declararse fundado el requerimiento de sobreseimiento por la causal contenida en el artículo 344.2.b del CPP, al haberse acreditado con suficientes elementos de convicción acopiados durante la investigación preparatoria, que la imputada provocó específicamente la lesión en el hombro izquierdo del agraviado con un cuchillo de cocina como consecuencia de haber repelido la agresión de éste, al interior de su propio domicilio, en salvaguarda de su propia integridad física, así como la de sus dos menores hijos que también se encontraban en su domicilio en ese momento, configurándose perfectamente la causa de justificación de legítima defensa reconocida en el artículo 20.3º del Código Penal”.

Base Legal: CP: Arts. 20.3º, 122º; NCPP: Art. 344.2.b

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
 TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: 455-2011-31
JUEZ	: DR. GIAMMPOL TABOADA PILCO
MINISTERIO PÚBLICO	: TERCERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE TRUJILLO
IMPUTADA	: NANCY ELIZABETH OLIVARES RODRÍGUEZ
AGRAVIADO	: RICARDO LORENZO CRUZ VELÁSQUEZ
ASISTENTE	: PATRICIA PONCE SAAVEDRA
DELITO	: LESIONES LEVES

Resolución N° Tres
Trujillo, veintidós de agosto
Del año dos mil once

I. PARTE EXPOSITIVA:

La doctora Cecilia Zavaleta Corcuera en calidad de Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, requiere el sobreseimiento del proceso seguido contra Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez, por el delito de lesiones leves tipificado en el artículo 122º, primer párrafo del Código Penal, en agravio de Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez. Se corrió traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días, sin que la parte agraviada formule ninguna oposición; se realizó la audiencia preliminar en la sala de audiencias del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo con fecha quince de agosto del dos mil once, con la sola concurrencia de la Fiscal requirente, siendo el estado del proceso el de expedir la resolución correspondiente.

II. PARTE CONSIDERATIVA:**Resumen del sobreseimiento**

1. El Ministerio Público requiere el sobreseimiento del proceso conforme al artículo 344.2.b del Código Procesal Penal del 2004 –en adelante CPP- por la concurrencia de la causa de justificación de legítima defensa por el hecho punible ocurrido con fecha siete de enero del dos mil once a las veinte horas, en circunstancias que Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez (41 años) – en adelante el agraviado-, concurrió luego de tomar siete cervezas con su amigo Ronald Aguirre al domicilio de Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez (40 años) –en adelante la imputada-, ubicado en la calle Sánchez Carrión número doscientos veintiocho del centro poblado de Miramar, distrito de Moche, con la finalidad de visitar a sus hijos Ricardo Jordy Cruz Olivares (14 años) y Bella Elizabeth Cruz Olivares (11 años) ¹. Cuando el agraviado llegó a la casa de la imputada se produjo una discusión con la imputada motivando que éste se retirará. Sin embargo, minutos después, el agraviado empezó a tocar fuerte la puerta, como nadie le abrió, rompió la luna de la ventana cerca de la puerta de entrada a la casa, metiendo el brazo para abrir el pestillo de la puerta, produciéndose diversas heridas cortantes con el filo de los vidrios rotos de la ventana. La agraviada abrió la puerta de entrada para exigirle que se vaya, ante lo cual el agraviado la empujó e ingresó hasta la sala amenazándola con hierirla con un

¹ La imputada y el agraviado son casados y también son padres de sus dos hijos Ricardo Jordy y Bella Elizabeth. Ambos se encuentran separados de hecho desde hace siete años. El agraviado domicilia en la calle La Mar número 418-B Chicago, Trujillo. La imputada domicilia con sus dos hijos en la calle Sánchez Carrión número 228 de Miramar, Moche (información tomada de las declaraciones del agraviado y de la imputada).

pedazo de vidrio, produciéndose un forcejeo entre ambos, estando presente el hijo Ricardo Jordy. La agraviada para repeler la agresión cogió un cuchillo que estaba en la mesa de la sala y le profirió al agraviado una herida en el hombro izquierdo, ante lo cual éste cayó al piso, se levantó y se retiró de la casa, dirigiéndose a la Comisaría PNP de Miramar a interponer su denuncia. El Ministerio Público ha concluido que ninguna de las heridas presentadas por el agraviado puso en riesgo su vida por no ser de gravedad, configurándose en el comportamiento de la imputada una legítima defensa.

Elementos de convicción acopiados en la investigación

2. Las actas de intervención policial de fecha siete de enero del dos mil once (folios 6 y 9 de la carpeta fiscal), prueban que el agraviado acudió herido a la Comisaría PNP de Miramar siendo auxiliado y conducido al hospital Belén de Trujillo por el policía Fernando Seclen Samper. De oro lado, el policía Pablo López Calle se constituyó al inmueble de la agraviada, constató que las lunas de las ventanas estaban rotas y procedió a incautar un cuchillo debajo de la mesa del comedor, elaborándose la respectiva acta de hallazgo y recojo (folios 10).

3. El certificado médico legal N° 000263-VFL de fecha diez de enero del dos mil once (folios 22), describió las siguientes heridas en el agraviado: 1) Herida saturada de bordes regulares de 5 cm. en tercio medio ventral de antebrazo derecho; 2) Herida saturada de bordes regulares de 10 cm. semicolgajo en tercio medio dorsal de brazo izquierdo; 3) Herida superficial de 2 cm. oblicua en tercio medio dorsal de antebrazo derecho; 4) Herida saturada a semicolgajo de 2.5 cm. de bordes regulares por dentro de zona media de escapula izquierda. Finalmente, el certificado concluyó que el agraviado tenía lesiones traumáticas externas recientes originadas por objeto cortante que requirió tres días de atención facultativa y doce días de incapacidad médico legal. Posteriormente, se elaboró otro certificado médico legal N° 004196-PF-AR de fecha quince de abril del dos mil once (folios 144-145), concluyendo que el agraviado presentaba lesiones traumáticas de origen cortante por objeto con punta y/o filo, eñsemia sub. cutáneo y permanencia hospitalaria de día y medio, que ha requerido una atención facultativa de ocho días y una incapacidad médico legal de veinticinco días.

4. El protocolo de pericia psicológica N° 000291-2011-PSC de fecha diez de enero del dos mil once (folios 18-21), establece que la imputada clínicamente no tiene indicadores de compromiso orgánico cerebral, muestra un desempeño de acuerdo a lo esperado para su edad cronológica, nivel de instrucción y contexto socio cultural. Finalmente concluye que tiene estrés moderado, en personalidad dependiente inestable, asociada a severos conflictos con su cónyuge generadores de maltrato y violencia familiar.

5. La declaración testimonial de Ricardo Jordy Cruz Olivares de catorce años de edad (folios 35-36) tomada por la Fiscal del caso con fecha catorce de febrero del dos mil once, en la pregunta número uno sobre con quién vive, respondió que: "...desde el mes enero del dos mil diez me fugué de la casa de mi padre [el agraviado] para irme a vivir con mi madre [la imputada] porque él mucho me insultaba y pegaba. Se emborrachaba pues es alcohólico y fuma mucho... Cuando él salía a trabajar me dejaba a mí y a mi hermana encerrados para evitar que nos escapáramos y así nos obligo a vivir con él". Más adelante, el testigo en la pregunta número dos sobre lo que sucedió el siete de enero del dos mil once en la noche, respondió que: "ese día, a las 8:00 pm. yo estaba mirando televisión, al rato llegó mi mamá con mi hermana Bella, tocaron la puerta, y mi hermana salió a abrir. Era mi padre, yo me acerqué a la puerta (porque no se le permite el ingreso debido a que éste acostumbra agredir a mi mamá y destruye todo lo que encuentra), yo lo saludé y él empezó a gritarme, tenía mi libreta de notas, me di cuenta que estaba borracho, con aliento alcohólico, dijo que soy un inútil y me dijo que vuelva a vivir con él; y en eso se acercó mi madre y discutieron. Luego nos metimos y cerramos la puerta quedándose él afuera, desde allí gritaba, se acercó a la venta y con su puño derecho rompió el vidrio de la ventana (el lado que está cerca de la puerta), quedando un hueco grande y con puntas por donde introdujo su brazo derecho e intentó jalar el pestillo para abrir la puerta, pero no lo logró, entonces mi mamá abrió la puerta y yo salí con ella, le pidió que se retire, pero él reaccionó violentamente cogió un pedazo de vidrio de regular tamaño con punta y amenazó a mi madre, forcejearon y ella se acercó a la mesa ubicada cerca a la puerta donde estaba un cuchillo, cogiéndolo para defenderse, él quería hincarla con el vidrio y ella lo acuchilló cerca al hombro. Luego él se tiró un rato al suelo, pero se levantó y se retiró. Mi mamá cerró la puerta..." (subrayado nuestro).

6. La declaración testimonial de Bella Elizabeth Cruz Olivares de once años de edad (folios 38-39), tomada por la Fiscal del caso con fecha catorce de febrero del dos mil once, en la pregunta número uno sobre con quién vive, respondió que: "...vivo con mi mamá y mis dos hermanos Ricardo Jordi Cruz Olivares y José Yampier Garrido Olivares, desde el mes de enero del dos mil diez... Anteriormente, yo vivía con mi papá pues

él me llevó a mí y a mi hermano Ricardo a la fuerza a vivir con él y se portaba mal, se emborrachaba, maltrataba a mi hermano Ricardo. Nos llevaba a vivir en diferentes lugares, siempre eran cuartitos alquilados, siempre cambiábamos porque los propietarios lo botaban debido a que es borracho y se peleaba con todos, hasta le decían que él se robaba cosas. Por eso en el mes de enero del dos mil diez mi hermano Ricardo se escapó de la casa de mi padre y se fue a vivir con mi madre al poco tiempo yo también me fui a vivir con mi madre". Más adelante, la testigo en la pregunta número dos sobre lo que sucedió el siete de enero del dos mil once en la noche, respondió que: "...tocaron la puerta, yo abrí y era mi padre y lo atendí en la puerta, pues él no puede entrar, debido a que pelea con mi madre y lo destruye todo; me di cuenta por su cara que estaba borracho pues olía a cerveza, además que yo ya lo conozco porque siempre lo hace. Se acercó a mi hermano Ricardo, le empezó a reclamar y gritar porque había sacado malas notas, en eso salió mi madre y le gritó que se meta a la casa porque quería quedarse a solas con nosotros para que le digamos si mi mamá está con otro hombre. Ante ello mi mamá le cerró la puerta. Entonces mi papá empezó a chancar muy fuerte varias veces la puerta para que le abrieran, yo estaba cerca de la ventana, en eso vi que él tiró un puñetazo a la ventana por el lado que da junto a la puerta y rompió el vidrio, incluso un pedazo me rozó la cara, quedando un hueco en la ventana con una punta por donde él metió su brazo, intentó abrir la puerta cortándose el brazo... mi mamá me ordenó que vaya al fondo, pero escuchaba que se insultaban..." (subrayado nuestro).

7. La declaración testimonial de Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez de cuarentiún años de edad (folios 40-41), tomada por la Fiscal del caso con fecha quince de febrero del dos mil once, en la pregunta número uno sobre lo que sucedió el siete de enero del dos mil once en la noche, respondió que: "a eso de las seis horas con veinte minutos me fui a la casa de un amigo Ronald Aguirre donde tomé unas siete cervezas, donde permanecí a hasta las veinte horas aproximadamente. Luego me fui a la casa de la investigada... mis dos hijos salieron a la puerta, le llame la atención a mi hijo Ricardo por las notas desaprobatorias, la investigada se entrometió y discutimos, los jalo a los dos y los hizo ingresar quedándome frente a la puerta. En el momento de cólera yo rompí con mi puño la luna de la puerta y me retiré inmediatamente. Cuando ya había avanzado unos veinticinco metros, de pronto sentí que alguien me hincó en la espalda... era la madre de mis hijos, al mismo tiempo me infringió otra lesión con un cuchillo en el brazo izquierdo y como consecuencia caí al piso de cuclillas y seguramente en ese momento por defenderme coloqué ambos brazos delante de mí y supongo que allí también con el cuchillo me infringió la lesión que tengo en el antebrazo derecho, pero no estoy seguro como ocurrió. Luego ella se retiró. Y yo me dirigí a la comisaría...". Más adelante, el testigo en la pregunta número cinco sobre cómo eran las relaciones con la investigada antes de los hechos, respondió que: "...nos peleábamos, nos agredíamos, como uno tiene más fuerza que una mujer, ella a veces resultaba con más lesiones... por eso nos separamos desde hace siete años, pero seguimos con problemas y hasta con lesiones, tenemos denuncias de ambas partes" (subrayado nuestro).

8. La declaración de Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez de cuarenta años de edad (folios 42-43), tomada por la Fiscal del caso con fecha quince de febrero del dos mil once, en la pregunta número uno sobre lo que sucedió el siete de enero del dos mil once en la noche, respondió que: "...escuche unos gritos provenientes del señor Ricardo Lorenzo reclamando a Jordy por sus notas, le estaba insultando, en eso me dirigí hacia ellos, abrí la puerta reclamándole que para eso vienes acá, ha molestar, en vez de hablar bien o traer algo, vienes a molestarnos, en eso discutimos verbalmente, me comenzó a insultar, alcanzado a oler que olía alcohol, les pregunte a mi hijos si querían seguir hablando con su padre, manifestándome que no querían, los hice meter, entraron y cerré la puerta quedando el señor afuera, haciendo laberinto, patio la puerta e insultó... en eso escuchamos un estruendo, estaba golpeando la puerta de madera fuertemente, así como la ventana de vidrio, en eso metió la mano por la ventana que había roto, forcejeando el pestillo para poder abrir totalmente la puerta, lastimándose y sangrando, al ver eso, yo salí a su encuentro y traté de quitarle su brazo de la puerta, como no pude tuve que abrir la puerta, vi que él se agacho y cogió un pedazo de vidrio en punta que estaba en el suelo, producto de la ruptura de la luna de la ventana, en eso mi hijo salió y como los vi asustados los mandé al fondo de la casa, solo mi hija Bella me hizo caso, quedándose conmigo mi hijo Jordy, en eso él ingresa a empujones y empegamos a forcejear, por su tamaño y su peso me estaba presionando hacia el suelo, como para tumbarme, como la mesa estaba cerca me tuve que apoyar y al ver que me estaba atacando, vi el cuchillo mediano de cocina, lo cogí y lo ataque para defenderme, le lastimé a la altura del hombro izquierdo, dio un salto y soltó el vidrio que tenía en su mano, gritándome y amenazándome ¡ya te fregaste! ¡te voy a matar! en eso mi hijo le dice que mejor se fuera y que no siga ocasionando problemas, de empujones lo saque de la casa y cerré la puerta. El se quedó afuera de la casa, tirado en la vereda y luego se fue..." (subrayado nuestro).

9. Los reportes SGF de constancias de casos del Ministerio Público (folios 84 a 86), acreditan la existencia de diversas denuncias por violencia familiar contra Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez, así tenemos: Caso N°

2306010702-2004-390-0 ingresado el cuatro de mayo del dos mil cuatro, caso N° 2306010701-2005-92-0 ingresado el primero de febrero del dos mil cinco, caso N° 2306010702-2011-36-0 ingresado el cuatro de febrero del dos mil once. De otro lado, las resoluciones de primera y segunda instancia (folios 54 a 62), acreditan la existencia de un proceso judicial de divorcio por causal de violencia iniciado por Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez contra Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez, la misma que fue declarada improcedente.

10. Hasta acá en relación al hecho punible acontecido el siete de enero del dos mil once a las veinte horas en el domicilio ubicado en calle Sánchez Carrión número doscientos veintiocho del centro poblado de Miramar, distrito de Moche, podemos tomar como hechos (relevantes) no controvertidos y/o acreditados con los elementos de convicción antes descritos, los siguientes:

Respecto a los hechos precedentes

- a) Que, el agraviado con la imputada son casados, pero se encuentran separados de hecho desde hace siete años, residiendo en domicilios distintos, teniendo ésta última la tenencia de sus dos menores hijos.
- b) Que, la imputada ejerció su derecho de acción en la vía civil y penal contra el agraviado por diversos incidentes de violencia familiar.
- c) Que el agraviado se encontraba en estado de ebriedad por haber ingerido al menos siete cervezas con un amigo.

Respecto a los hechos concomitantes

- a) Que, el menor Ricardo Jordy Cruz Olivares (14 años) estuvo presente en el mismo ambiente de la sala donde se produjo la discusión y agresión entre sus padres. Mientras que la menor Bella Elizabeth Cruz Olivares (11 años) se encontraba en otro cuarto de la casa por órdenes de la imputada.
- b) Que, el agraviado con su mano derecha rompió de un puñetazo el vidrio de la ventana de la casa de la imputada causándose diversas heridas.
- c) Que, el agraviado insultó, forcejeó y amenazó con un vidrio a la imputada en la sala de su casa.
- d) Que, la imputada utilizó un cuchillo de cocina que se encontraba en la sala de su casa para repeler la agresión del agraviado.
- e) Que, la imputada para defenderse incrustó el cuchillo en el hombro izquierdo del agraviado por una sola vez.
- f) Que, el agraviado presenta lesiones traumáticas de origen cortante por objeto con punta y/o filo.

Respecto a los hechos posteriores:

- a) Que, el agraviado inmediatamente después de salir del domicilio de la agraviada, acudió a la Comisaría PNP de Miramar a presentar su denuncia, la misma que ha dado lugar a la instauración del presente proceso penal.
- b) Que, el agraviado ofreció dinero al policía Pablo Alfredo López Calle, cuando fue a verlo a la Comisaría PNP de Miramar para que inculpará a la imputada, por el delito de tentativa de homicidio y redactará el informe policial favoreciéndolo como víctima, lo cual fue rechazado por el policía.

11. El agraviado en su declaración tomada por la Fiscalía con la presencia de un abogado defensor privado, ha declarado que la agraviada lo atacó por la espalda con un cuchillo cuando ya se había retirado del domicilio y siguió atacándolo aprovechando que había caído al suelo. Esta versión unilateral debe ser totalmente descartada al no estar corroborada con ningún otro elemento de convicción, además de la débil credibilidad del agraviado al haberse encontrado ese día en estado de ebriedad, tener antecedentes de violencia familiar e incluso haber reconocido sin escrúpulo alguno que "como uno tiene más fuerza que una mujer, ella a veces resultaba con más lesiones". Por el contrario, la versión asumida por el Ministerio Público como sustento de su sobreesimismo en el sentido que los actos de agresión y de defensa tuvieron lugar en

el interior de la casa, tiene correspondencia con la declaración uniforme de la imputada y de sus dos menores hijos, así como por haberse incautado el cuchillo utilizado para repeler el ataque precisamente en el ambiente destinado a la sala comedor.

Reconocimiento normativo de la legítima defensa

12. El artículo 20.3° del Código Penal prescribe que está exento de responsabilidad penal, el que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa; y c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. Siguiendo y resumiendo las ideas del autor nacional Felipe Villavicencio en lo pertinente a esta institución penal², tenemos que el fundamento de la legítima defensa se encuentra en la idea que el Derecho no está en la situación de soportar (o ceder ante) lo injusto. Se basa en el principio de protección individual o de auto-defensa y principio de mantenimiento del orden jurídico (prevalecimiento del derecho, defensa del derecho). El sujeto que se defiende de una agresión ilegítima no sólo está protegiendo sus bienes jurídicos sino además está impidiendo se afecte al ordenamiento jurídico.

Agresión ilegítima

13. La agresión es una conducta ilegítima que amenaza lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, cuando no existe conducta humana, no es posible calificar una agresión. La agresión debe ser actual y esto ocurre desde el momento en que la agresión es inminente y mientras se siga desarrollando (impedir o repeler la agresión). El agredido puede defenderse antes que la agresión se consume, es decir, con ello se hace referencia a la decisión irrevocable del atacante de dar comienzo a la agresión, de modo análogo al comienzo de la tentativa. La agresión desaparece cuando el delito está consumado, como sucede en los delitos instantáneos³. Sin embargo, seguirá siendo actual mientras perdure, como ocurre en el caso de los delitos permanentes⁴ y en los delitos de estado⁵.

14. La agresión ilegítima es equivalente a la agresión antijurídica. En ese sentido cualquier bien jurídico puede ser agredido. Esta agresión no tiene que ser necesariamente contra un bien jurídico penalmente protegido, ya que puede ser cualquier interés jurídicamente reconocido. En consecuencia, no es necesario que la agresión sea típica, es decir, que constituya un delito. Por otro lado, es inaceptable la legítima defensa contra las conductas conforme a derecho (justificada). Para la legítima defensa la agresión debe ser real. No es suficiente que el que se defiende se imagine la agresión.

Necesidad de la defensa

15. Sólo los bienes jurídicos del agresor pueden ser afectados por la defensa, siempre que le sirvan para la agresión. Cualquier bien jurídico puede ser afectado por la defensa. Entiéndase por defensa aquella conducta dirigida a rechazar la agresión. Se exige que la defensa sea necesaria y, por ende, esta debe ser racional, es decir, la adecuada para impedir o repeler la agresión. La defensa debe ser idónea y representar el medio menos perjudicial para el agresor. Debe tenerse en cuenta la totalidad de los datos personales y circunstancias que concurren en el hecho, las circunstancias que rodearon a la agresión y a la defensa. El artículo 20.3° del Código Penal, modificado por la Ley N° 27936 (12/02/2003) respecto a la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, precisa que, se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.

16. La necesidad racional requiere verificar tanto la necesidad en abstracto de la defensa (si la agresión ilegítima pone en peligro a la persona o derechos propios o ajenos), como la necesidad en concreto de la defensa (la necesidad del medio defensivo concretamente utilizado). Finalmente, no se exige en el sujeto una obligación de huir, pues admitir la fuga como exigencia implicaría imponer al agredido una obligación de hacer lo

² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Grijley. Lima, 2006, pp. 534-548.

³ Delito instantáneo es aquel en que la infracción se consuma en el momento en que se produce el resultado situación que describe la ley, sin que se determine la creación de una circunstancia antijurídica de efectos duraderos.

⁴ Delito permanente es aquel en que el resultado se mantiene por cierta duración debido a la voluntad del autor. En dicho tiempo se sigue ejecutando el tipo, por lo que, la consumación se da cuando se termine o abandone la situación antijurídica.

⁵ Delito de estado es aquel que crea un estado jurídico duradero, por la consumación va a cesar desde el momento de la aparición de la situación antijurídica, esto porque sólo se describe en el tipo la producción del estado antijurídico y no su mantenimiento.

que no quiere, por ende, violentar su libertad individual; además, la exigencia de fuga sería inexigible en el caso de un agredido físicamente incapaz de huir.

Falta de provocation suficiente

17. El sujeto que se defiende no debe haber provocado la agresión. La provocation es una acción u omisión a la agresión. No es necesario que la acción esté dirigida a desencadenar la respuesta agresiva. La provocation es suficiente cuando hace previsible una agresión. Si el autor ha provocado intencionalmente la agresión (para encontrarse en una situación de defensa y poder producir una lesión al agresor, de manera justificada), se considera que debe excluirse totalmente la legítima defensa.

Análisis del caso

18. El Ministerio Público ha basado su requerimiento de sobreseimiento en la legítima defensa de la imputada Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez en la producción de las lesiones en agravio de Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez, por lo que, corresponderá analizar la concurrencia de los presupuestos materiales del artículo 20.3° del Código Penal a efectos de establecer si efectivamente estamos ante una legítima defensa completa, una legítima defensa incompleta o una legítima defensa putativa. La primera como es sabido genera la exención de responsabilidad conforme a la norma antes anotada; en tanto que la segunda y la tercera constituyen supuestos de responsabilidad atenuada, que permiten disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, como lo prevé los artículos 21° y 14°, segundo párrafo del Código Penal respectivamente.

19. El primer supuesto de agresión ilegítima para la legítima defensa, tuvo lugar cuando a las veinte horas del día siete de enero del dos mil once, el agraviado, en estado de ebriedad, llegó a la casa-habitación de la imputada ubicado en la calle Sánchez Carrión número doscientos veintiocho del centro poblado de Miramar, distrito de Moche, con la finalidad de visitar a sus dos menores hijos Ricardo Jordy Cruz Olivares y Bella Elizabeth Cruz Olivares, produciendo las siguientes agresiones ilegítimas:

a. Daños a la propiedad: El agraviado de un puñetazo destruyó la ventana (bien ajeno) de la entrada de la casa de la imputada (artículos 205° o 444°, primer párrafo del Código Penal) ⁶.

b. Violación de domicilio: El agraviado penetró en la casa (domicilio ajeno) de la imputada y permaneció allí rehusando la intimación que ésta le hizo para que se retirará del mismo (artículo 159° del Código Penal) ⁷.

c. Violencia familiar: El agraviado amenazó con cortarle a la agraviada con la punta de un pedazo del vidrio que había roto de la ventana e incluso tuvieron un forcejeo dentro de la casa, en presencia de su menor hijo Ricardo Jordy Cruz Olivares (artículo 2.a del Decreto Supremo N° 006-97-TR Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar) ⁸.

20. El segundo supuesto de necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, aconteció cuando la imputada para repeler la amenaza grave contra su integridad, así como la violencia física ejercida contra su persona consistente en forcejear con el agraviado para hacerla caer, se valió de un cuchillo de cocina, por ser el único objeto idóneo que tuvo a su alcance en ese momento para defenderse, el mismo que estaba encima de la mesa del mismo ambiente en que tuvo lugar la agresión, procediendo a hacerle un corte con el cuchillo en el hombro izquierdo del agraviado. Es importante precisar que mientras el agraviado mide un metro con setenta centímetros y pesa ochentidós kilos (declaración de folios 40), la imputada mide un metro con cincuenta centímetros y pesa cincuentiséis kilos (declaración de folios 42), lo que permite colegir la racionalidad del medio empleado (cuchillo) por la imputada para repeler la agresión provocada por el agraviado ante la manifiesta superioridad física de ésta medida en términos de fuerza material. Por regla general se excluye para la valoración de la legítima defensa el criterio de proporcionalidad de medios, empero, coincidentemente tanto el agresor como la agredida utilizaron objetos punzo cortantes en la agresión

⁶ Artículo 205° del Código Penal: El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

Artículo 444°, primer párrafo del Código Penal: El que realiza cualquiera de las conductas previstas en los artículos 185° y 205°, cuando la acción recae sobre un bien cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital, será reprimido con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas o con sesenta a ciento veinte días-multa, sin perjuicio de la obligación de restituir el bien sustraído o dañado.

⁷ Artículo 159° del Código Penal: El que, sin derecho, penetra en morada o casa de negocio ajena, en su dependencia o en el recinto habitado por otro o el que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a noventa días-multa.

⁸ Artículo 2.a del Decreto Supremo N° 006-97-TR: A los efectos de la presente Ley, se entiende por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzca entre cónyuges.

física y psicológica recíproca, el primero con un pedazo de vidrio en punta y la segunda con un cuchillo. Incluso tomándose adicionalmente las otras circunstancias como la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios que se tenía para la defensa, también resulta justificable la acción de la agredida de repeler el ataque con el medio más idóneo que tenía a su alcance dada la mayor ventaja física del agresor.

21. El tercer presupuesto de falta de provocación suficiente de quien hace la defensa, se materializó al haber provocado el agraviado el acto de violencia cuando acudió en estado de ebriedad a la casa de la imputada, realizó daños a la propiedad rompiendo el vidrio de la ventana, ingresó y permaneció en el interior de la casa sin el consentimiento de la imputada, finalmente intentó agredir físicamente a la imputada delante de su menor hijo. En este contexto de violencia psicológica y física provocada por el agraviado es que la imputada en legítima defensa procedió a repeler la agresión provocándole al agraviado únicamente un corte en el hombro izquierdo con un cuchillo que estaba a su alcance en su propia casa. Nótese claramente el animus defendendi de la agraviada de responder a una voluntad de defensa al apuñalar al agresor sólo una vez y sin poner en peligro inminente la vida del agresor. Así pues, no se mutiló un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hizo impropio para su función, así como tampoco hubo desfiguración grave y permanente. La imputada se defendió del ataque agresor ocasionando el menor daño racional y posible al agresor materializado en la producción de un corte con cuchillo en una zona no vital del cuerpo (hombro izquierdo), que requirió menos de treinta días de incapacidad médico legal, de ahí que la formalización de investigación haya sido por el delito lesiones leves.

Solución

22. Por lo expuesto, deberá declararse fundado el requerimiento de sobreseimiento por la causal contenida en el artículo 344.2.b del CPP, al haberse acreditado con suficientes elementos de convicción acopiados durante la investigación preparatoria, que la imputada provocó específicamente la lesión en el hombro izquierdo del agraviado con un cuchillo de cocina como consecuencia de haber repelido la agresión de éste, al interior de su propio domicilio, en salvaguarda de su propia integridad física, así como la de sus dos menores hijos que también se encontraban en su domicilio en ese momento, configurándose perfectamente la causa de justificación de legítima defensa reconocida en el artículo 20.3º del Código Penal.

23. Concluida la investigación preparatoria al haberse esclarecido la noticia criminal y habernos aproximado a la verdad histórica de los hechos acontecidos el siete de enero del dos mil once a las veinte horas en el domicilio de la calle Sánchez Carrión número doscientos veintiocho del centro poblado de Miramar, distrito de Moche, tenemos que la situación de la ciudadana Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez, ha mutado de ser considerada inicialmente como imputada por el delito de lesiones leves a la de potencial víctima del delito de daños, delito de violación de domicilio y de actos de violencia familiar (tipificación en abstracto). En tanto que la situación del ciudadano Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez ha cambiado a la de potencial sujeto activo de los delitos antes anotados. En todo caso esta reubicación de quienes intervinieron en el conflicto jurídico penal primario (agresor y agredida), corresponderá ser objeto de investigación, discusión y resolución en otro proceso; máxime si el agresor incluso le ofreció dinero al efectivo policial Pablo Alfredo López Calle cuando fue a verlo a la Comisaría, para que incriminara a la agredida (su cónyuge) por el delito de tentativa de homicidio como consta de la declaración testimonial (folios 106), configurándose adicionalmente el delito de cohecho activo tipificado en el artículo 397º del Código Penal. En tal sentido, el Ministerio Público debe proceder conforme a sus atribuciones constitucionales y legales (principios de legalidad y acusatorio), ante la probable comisión de los hechos delictivos antes anotados.

Por estas consideraciones, **SE RESUELVE:**

III. PARTE RESOLUTIVA:

DECLARAR FUNDADO el requerimiento de **SOBRESEIMIENTO** por la causal prevista en el artículo 344.2.b del Código Procesal Penal del 2004 consistente en la legítima defensa como causa de justificación; en consecuencia, **SOBRESEASE** el proceso seguido contra Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez (con DNI N° 18110186, de sexo femenino, nacida el dieciocho de abril de mil novecientos setenta en el distrito de Chimbote, provincia del Santa, departamento de Ancash), por el delito de lesiones leves tipificado en el artículo 122º, primer párrafo del Código Penal, en agravio de Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez.

LEVÁNTESE la medida de comparecencia simple dictada contra la imputada. **ANÚLENSE** los antecedentes judiciales y/o policiales derivados del presente proceso. **ARCHÍVESE DEFINITIVAMENTE** el expediente en el modo y forma de ley en la sección que corresponda. **NOTIFIQUESE.**

Control de Acusación

SUBCAPÍTULO II

ACUSACIÓN:**34****CONTROL FORMAL Y EFECTO DEVOLUTIVO PARA SU SUBSANACIÓN**

"[...] Es de recordar que si bien es cierto el Fiscal puede en la misma audiencia modificar, aclarar o integrar la acusación fiscal formulada, de lo cual se correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución; sin embargo, tal procedimiento es de aplicación siempre que dicha modificación, aclaración o integración no afecte en lo sustancial a la acusación emitida; por consiguiente, de estar referida a aspectos sustanciales, no será viable efectuar el traslado en audiencia ni tampoco la absolución".

"[...] El Ministerio Público ha peticionado por escrito se "integre" la pena inicialmente peticionada en la acusación, y, en audiencia, ha solicitado una pena distinta a la consignada en su acusación escrita; sin embargo, tal circunstancia, a criterio del Juez que suscribe, no puede ser corregida del modo pretendido por el Ministerio Público, pues, ésta incide directamente en uno de los aspectos más relevantes y sustanciales de la acusación, como es la pena solicitada, lo cual requiere de la debida motivación y sustento".

"[...] Si los defectos de la acusación requieren de un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondría la devolución".

Base Legal: CP: Arts. 45º, 46º; NCPP: Art. 352.2º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE ZARUMILLA**

EXPEDIENTE	: 2009-011-04-JIPZ
JUEZ	: OSWALDO S. VELARDE ABANTO
IMPUTADO	: MARLO ADANAQUE NIMA
AGRAVIADO	: SUGEY FARFAN RUIZ
ASISTENTE CAUSAS	: ERIKA VALDIVIESO
ASISTENTE DE AUD.	: MARLENE DEL ROSARIO URBINA QUISPE
DELITO	: ROBO AGRAVADO

Resolución N° Once

Zarumilla, veinticinco de febrero
Del año dos mil diez

VISTOS los actuados del proceso 11-2009, oídos los alegatos de las partes en audiencia pública; y, **CONSIDERANDO:**

Primero.- Sobre los hechos materia de investigación. Constituye materia de investigación en el proceso del cual se deriva este cuaderno, la imputación formal vertida contra Marlo Adanaque Nima, en el sentido que con fecha veintiséis de abril del año dos mil nueve, a horas seis con cincuenta minutos de la tarde, aproximadamente, en circunstancias que la agraviada se encontraba por inmediaciones del Bar "el encanto" ubicado en Playa Sur, le puso un revólver a la altura de la cabeza pidiéndole dinero y amenazándola con violarla en caso de no hacerlo, siendo intervenido luego por personal de serenazgo de Aguas Verdes.-

Segundo.- Sobre el requerimiento que motiva la audiencia. Conforme a sus atribuciones legales, el señor representante del Ministerio Público ha formulado requerimiento acusatorio, motivando el señalamiento y realización de la audiencia respectiva en la que ha expuesto oralmente los argumentos de su acusación, reiterando que formula acusación contra el investigado quien es conocido con el apelativo de "ojón", como autor directo del delito de robo agravado, en grado de tentativa; y, efectúa una aclaración en cuanto a la pena, precisando que solicita se imponga la pena privativa de libertad de diez años y no de cuatro, tal como lo peticionara en su acusación escrita; que se fije en cien nuevos soles la reparación civil a favor de la agraviada y ofrece sus medios de prueba que considera pertinentes al caso.-

Tercero.- Sobre las incidencias y observaciones efectuadas a la acusación. Por su parte el señor abogado defensor del acusado, formula las observaciones siguientes:

3.1.- Que, respecto a la modificación de la pena solicitada, argumenta que se trata de un tema sustancial por lo cual se debe correr previo traslado para que pueda ejercer su defensa; solicita se corra traslado a las partes, pues recién en audiencia ha tomado conocimiento de la modificatoria efectuada.

3.2.- Que, debido a que oportunamente ha sido sobreseído la investigación respecto al delito de tenencia ilegal de armas de fuego, no se puede imputar a su patrocinado haber cometido delito de robo a mano armada, por cuanto no existe arma de fuego que haya sido encontrada en su poder. Que, el documento de recepción de arma no es un documento pertinente, por tanto no habría sustento para el robo agravado, además, dicho documento no constituye incautación mas si no ha sido confirmada.

3.3.- Que, oportunamente su patrocinado solicitó acogerse al beneficio de terminación anticipada, la misma que fue desaprobada, por lo que tal declaración es inexistente y no debe tomarse en cuenta para establecer la responsabilidad penal.

Cuarto.- Respecto a la primera observación, es de recordar que si bien es cierto el Fiscal puede en la misma audiencia modificar, aclarar o integrar la acusación fiscal formulada, de lo cual se correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución; sin embargo, tal procedimiento es de aplicación siempre que dicha modificación, aclaración o integración no afecte en lo sustancial a la acusación emitida; por consiguiente, de estar referida a aspectos sustanciales, no será viable efectuar el traslado en audiencia ni tampoco la absolución.

En el caso específico de autos, el Ministerio Público ha peticionado por escrito se "integre" la pena inicialmente peticionada en la acusación, y, en audiencia, ha solicitado una pena distinta a la consignada en su acusación escrita; sin embargo, tal circunstancia, a criterio del Juez que suscribe, no puede ser corregida del modo pretendido por el Ministerio Público, pues, ésta incide directamente en uno de los aspectos más relevantes y sustanciales de la acusación, como es la pena solicitada, lo cual requiere de la debida motivación y sustento; como es obvio, la marcada diferencia entre la pena inicialmente peticionada (cuatro años) y la expuesta en el escrito y sustentada en audiencia por la señorita Fiscal (diez años), no puede subsanarse con el mero argumento de un error tipográfico, tanto más si en el mencionado escrito no se hace referencia a las circunstancias que se ha tenido en cuenta para arribar a la conclusión que debe imponerse dicha penalidad contra el agente (agravantes o atenuantes); esto es, no se invoca las circunstancias o motivos que se ha tenido en cuenta para solicitar diez años (mínimo legal vigente a la fecha de los hechos) y no el máximo (veinte años) o un pena intermedia, lo cual debe subsanarse del modo previsto por ley, ello a efectos de generar el contradictorio y el debate respectivo en audiencia.

Quinto.- Respecto a la segunda observación, se considera necesario precisar que si bien es cierto oportunamente se ha declarado fundado el requerimiento de sobreseimiento, resolución que ha quedado consentida; sin embargo, tal decisión no se ha sustentado en la inexistencia del arma, sino, como lo sostiene el Ministerio Público en el hecho que la posesión del arma se subsume en el delito de robo agravado, como circunstancia agravante; por tanto no hay asidero para esta observación, máxime si también se invoca otra causal, como es haber perpetrado el hecho durante la noche, circunstancia agravante que no ha sido materia de cuestionamiento por la defensa.

Sexto.- Respecto a la tercera observación, igualmente cabe precisar que, en efecto, la no aprobación del acuerdo de terminación anticipada conlleva a tener como inexistente la declaración del imputado y no poder utilizarla en su contra; sin embargo, es de precisar que, ello está referido en estricto a la declaración que haga dentro del proceso de terminación anticipada, más específicamente, a la declaración en la que admite ser autor del los hechos delictivos cuya autoría se le atribuye, admite su responsabilidad penal y las demás consecuencias, mas no está referida a la declaración efectuada a nivel preliminar; ello es así, porque de lo que se trata es de evitar una acusación basada en la sola versión auto inculpatoria dada por el investigado de modo privado con motivo de la terminación anticipada promovida, aún cuando no haya otros elementos de prueba que la respalden, lo cual obviamente lo perjudican en su derecho a la presunción de inocencia. Por lo demás, como es sabido, la declaración del investigado no es un medio de prueba, es, en todo caso, una versión sobre los hechos y, aún en caso que en ella admita los cargos necesita ser corroborada con otros medios de prueba para tener eficacia probatoria. Por tanto, la inexistencia de la declaración está referida sólo al extremo en que admite responsabilidad y que se ve reflejada en el acuerdo preliminar de terminación anticipada, de allí que la norma prescribe que no podrá ser utilizada en su contra.- En consecuencia, tampoco existe asidero para esta observación, tanto más si, en todo caso, será el Juez de Juggamiento quien analice los medios de prueba incorporados al proceso y resuelva lo pertinente.

Sétimo.- Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 352.2° del Código Procesal Penal, si los defectos de la acusación requieren de un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondría la devolución;

por lo que, estando a lo expuesto en el considerando cuarto de la presente resolución, es del caso proceder conforme a la facultad conferida por el artículo en mención.

Por las consideraciones antes expuestas y al amparo de los dispositivos legales citados precedentemente, el Juzgado penal de investigación Preparatoria de Zarumilla, **RESUELVE:**

1.- DECLARAR INFUNDADA la observación efectuada en audiencia por el señor abogado defensor del acusado, respecto a la inexistencia de delito por sobreseimiento del delito de tenencia ilegal de arma de fuego; e **INFUNDADA** la observación respecto a la inexistencia de declaración del acusado con motivo de la terminación anticipada promovida.

2.- DECLARAR FUNDADA la observación efectuada en audiencia por el señor abogado defensor del acusado, respecto a la modificación de la pena formulada por el Ministerio Público; en consecuencia.

3.- DEVOLVER LA ACUSACIÓN FISCAL AL MINISTERIO PÚBLICO, a fin de que dentro del plazo de cinco días subsane o corrija el defecto advertido en la misma; debiendo exponer los fundamentos pertinentes en los que sustenta la pena privativa de libertad solicitada para el acusado, conforme a los criterios establecidos en los artículos 45º y 46º del Código Penal.

4.- SUSPENDER la presente audiencia por el plazo de cinco días, a efectos que el Ministerio Público proceda conforme a lo ordenado en el ítem precedente.

5.- SEÑALAR, el día jueves cinco de marzo del año dos mil diez, a horas once de la mañana para la continuación de la presente audiencia.

ACUSACIÓN:**SOBRESEIMIENTO POR INTERDICCIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE**

"[...] Se ha verificado la consecuencia la triple identidad exigida por La Constitución Política del estado al regular en su artículo 13° la autoridad de cosa juzgada que implícitamente contiene la interdicción de la persecución múltiple y, estando a que el Estado solo puede perseguir una sola vez a un imputado respecto de los mismos hechos y considerando que al respecto ya existe decisión jurisdiccional de los mismos hechos -no obstante que es otra calificación jurídica- debe declararse fundado el requerimiento de sobreseimiento en atención a que con relación a los hechos objeto de imputación ya existe pronunciamiento jurisdiccional".

Base Legal: Const.: Art. 13°; CP: Arts. 247°, 427°; NCPP: Art. III

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE AREQUIPA**

EXPEDIENTE	: 2009-4067-12-0401-JR-PE-02
JUEZ	: DR. CELIS MENDOZA AYMA
IMPUTADA	: NATTY LILIANA USCAMAYTA MONTALVO
AGRAVIADO	: CAJA MUNICIPAL DE AREQUIPA
DELITO	: FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO

**Resolución N° Diez
Arequipa, primero de abril
Del año dos mil once**

ATENDIENDO: El sobreseimiento solicitado por la defensa técnica de la acusada Natty Liliana Uscamayta Montalvo, y con lo debatido oralmente; y **CONSIDERANDO** que:

Primero: El Ministerio Público imputa concretamente a Natty Liliana Uscamayta Montalvo los hechos siguientes: "el 18 de octubre del 2007, se presentó en una de las oficinas de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Arequipa, solicitó un crédito por la suma de doce mil nuevos soles el cual de ser sometido al Comité de Evaluación fue aprobado por la suma de once mil nuevos soles, pues para ello la acusada proporcionó información y documentación fraudulenta respectivamente ya que refirió en su solicitud de crédito dedicarse a la confección de sombreros y además presentó entre otros documentos, la copia simple de dos boletas de venta signadas con el número 0003737 y 0003877 emitidas supuestamente por MAQUITEX CORPORATION EIRL. Con lo que se corroboró que contaba con capacidad de pago; ya que, sus bienes coberturaban el pago del crédito obtenido. Sin embargo al incurrir en mora y al efectuarse las verificaciones adicionales se establece que las boletas eran falsas".

Estos hechos han sido calificados por el Ministerio Público como delito de OBTENCIÓN FRAUDULENTO DE CRÉDITO, previsto en el primer párrafo del artículo doscientos cuarenta y siete.

Segundo: La defensa señala que con relación a estos hechos existe un pronunciamiento final por el órgano jurisdiccional, que es cierto que está con otra calificación jurídica, pero que los hechos son los mismos. En audiencia se dio lectura al segundo considerando de la disposición y en esta se aprecia que los hechos respecto sobre los cuales se dictó sobreseimiento son los siguientes: "con fecha 18 de octubre del 2007, Natty Liliana Uscamayta Montalvo requirió un crédito por la suma de doce mil nuevos soles que presentó documentación correspondiente para obtener el citado crédito, siendo aprobado en la suma de once mil nuevos soles, que al verse la verificación de los documentos se determinó que se había presentado documentación falsa tal como es una factura de MAQUITEX CORPORATION EIRL. Que luego de verse la verificación ante la SUNAT se determinó que no existía dicha razón social o no pertenecía la documentación perteneciente; por tanto, la citada investigación obtuvo un crédito en forma irregular fraudulenta en agravio de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Arequipa".

Estos hechos sobre que fueron sobreseidos calificaron como delito de Contra la Fe Pública en la modalidad de uso de documento falso en agravio de la caja Municipal de Ahorro y Crédito de Arequipa.

Tercero: La Fiscalía postula que se trata de un concurso real; empero, este juzgado estando a lo dispuesto por el artículo 50° del Código Penal, estima legalmente que el concurso real de delito se produce cuando

concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros delitos independientes. Es claro que este dispositivo califica como concurso real dos hechos diferentes, espacial y temporalmente. Sin embargo, de los hechos expuestos es evidente que se tratan de los mismos hechos.

Corresponde evaluar que si se trata de un concurso ideal, esto es si los mismos hechos afectan dos bienes jurídicos distintos. Del caso se tiene que tanto en el delito de falsedad previsto en el artículo 427° como en el delito de obtención de crédito fraudulenta se tiene a la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Arequipa como agraviado; en efecto, el interés es único en una u otra calificación jurídica; por consiguiente ese hecho único e imputado con doble calificación jurídica no afecta dos interés diversos por consiguiente debe descartarse la posibilidad de que se está ante un concurso ideal.

Cuarto: Se tiene en el proceso: identidad de la imputada. En efecto, se dispuso sobreseimiento respecto de la persona Natty Liliana Uscamayta Montalvo, por el delito de Falsedad Material previsto en el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal en agravio de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Arequipa. En el caso también se tiene a la misma Natty Liliana Uscamayta Montalvo como la imputada, pero ahora por el delito de obtención fraudulenta de crédito en agravio de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Arequipa. Indudablemente existe identidad de persona, es una sola ciudadana.

Identidad de Fundamento: En los considerandos uno y dos se ha transcrito literalmente los cargos imputados como delito de falsedad material que son idénticos a los cargos formulados como delito obtención fraudulenta de crédito no hay duda que son los mismos hechos; en cuanto al interés jurídico que eventualmente sería diferente debe considerarse que en ambas calificaciones jurídicas se tiene como agraviada a la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Arequipa, y no se ha precisado un fundamento jurídico distinto, solo se ha remitido a una calificación nominal distinta; por consiguiente, identidad de fundamento.

En cuanto a la identidad del objeto no cabe duda que la consecuencia jurídica penal prevista para este tipo de delito es punitiva, y por consiguiente respecto a ella no existe una naturaleza distinta se identifica.

Se ha verificado, en consecuencia, la triple identidad exigida por la Constitución Política del estado al regular en su artículo 13 la autoridad de cosa juzgada que implícitamente contiene la interdicción de la persecución múltiple y, estando a que el Estado solo puede perseguir una sola vez a un imputado respecto de los mismos hechos y considerando que al respecto ya existe decisión jurisdiccional de los mismos hechos -no obstante que es otra calificación jurídica- debe declararse fundado el requerimiento de sobreseimiento en atención a que con relación a los hechos objeto de imputación ya existe pronunciamiento jurisdiccional.

Los errores de calificaciones alternativas que luego pretenden ser soslayadas a través del requerimiento del sobreseimiento no pueden ser cargados al imputado y a su derecho a ponerse en riesgo punitivo por una sola vez esto en consonancia a lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar – interdicción de la persecución múltiple - que regula que nadie puede ser perseguido o sancionado por el mismo hecho siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento.

Por estos fundamentos:

SE RESUELVE:

a) Declarar FUNDADO el requerimiento del sobreseimiento propuesto por la defensa técnica del imputado.

b) Disponer el SOBRESEIMIENTO en el proceso seguido en contra de NATTY LILIANA USCAMAYTA MONTALVO, por el delito de OBTENCIÓN DE CRÉDITO FRAUDULENTO previsto en el primer párrafo del artículo 247 del Código Penal en agravio de la CAJA MUNICIPAL DE AHORRO Y CRÉDITO DE AREQUIPA.

c) Disponer EL ARCHIVO DEFINITIVO DE LA CAUSA, notificados en audiencia pública. Conforme corre en audio.

ACUSACIÓN:**36****SOBRESEIMIENTO POR IMPOSIBILIDAD DE INCORPORAR NUEVOS DATOS
INVESTIGACIÓN E INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN SUFICIENTES**

“En otras palabras, los órganos oficiales de persecución penal (Ministerio Público - Policía Nacional) no han logrado obtener ningún medio de prueba dirigido a demostrar en juicio que la droga poseída por el acusado estaba destinada al tráfico, siendo manifiestamente aplicable la causal de sobreseimiento prevista en el artículo 344.2.d del CPP, al no existir razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, ni tampoco hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado”.

Base Legal: CP: Arts. 296°, 298°, 299°; NCPP: Arts. IV.2°, 344.2.d

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: 414-2010-35
JUEZ	: DR. GIAMPOL TABOADA PILCO
MINISTERIO PÚBLICO	: PRIMERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE TRUJILLO
IMPUTADO	: EDWIN PAÚL GROSS RODRÍGUEZ
AGRAVIADO	: EL ESTADO
ASISTENTE	: ASUNCIÓN PEREDA YUPANQUI
DELITO	: TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - MICROCOMERCIALIZACIÓN

Resolución N° Ocho
Trujillo, veinte de octubre
Del año dos mil diez

I. PARTE EXPOSITIVA:

El doctor Shano Efraín Cuizano Valencia en calidad de Fiscal Provincial del Primer Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, formula acusación contra Edwin Paúl Gross Rodríguez, por el delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de microcomercialización, tipificado en el artículo 298° del Código Penal, en agravio del Estado. Se corrió traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días, habiendo el doctor Wilfredo Enrique Rebaña Villacorta en calidad de defensor público del acusado, solicitado el sobreseimiento del proceso por la causal del artículo 344.2.d del Código Procesal Penal del 2004 –en adelante CPP–; se realizó la Audiencia Preliminar en la Sala de Audiencias del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo en la sede de la Corte Superior de Justicia de La Libertad con fecha veinte de octubre del dos mil diez, con la sola concurrencia del Fiscal y el defensor público, conforme al registro de audio que obra en custodia; habiéndose declarado la validez formal de la acusación y admitido los medios de prueba, quedando pendiente de resolver la solicitud de sobreseimiento sometida al debate de las partes (control sustancial).

II. PARTE CONSIDERATIVA:**1. Antecedentes**

1.1. La acusación se resume en que con fecha veintitrés de agosto del dos mil nueve a las diecinueve horas con veinticinco minutos por inmediaciones de la plaza de armas de Laredo, el efectivo policial SOT3 Juan Benavides Ayala de la Comisaría de Laredo, detuvo en actitud sospechosa (estaban nerviosos) a los ciudadanos Edwin Paúl Gross Rodríguez y Jorge Luis Rodríguez Zavaleta y al efectuarles el registro personal en sus prendas de vestir, encontró en el primero (ahora acusado) dos sobres de revista (ketes), conteniendo en su interior hierba seca parecida a la marihuana procediéndose a su incautación. Al efectuarse la prueba de orientación, descarte y pesaje de la droga incautada, se obtuvo resultado positivo para cannabis sativa con un peso bruto de 10.48 gramos. Por otro lado, el acusado en su declaración tomada en presencia de su abogado, reconoció la posesión de la droga incautada, la misma que estaba destinada a su consumo personal, para ello, se practicó la pericia químico toxicológica en la orina del acusado con resultado positivo para cocaína y marihuana.

1.2. El Ministerio Público inicialmente formalizó la investigación preparatoria y finalmente acusó a Edwin Paúl Gross Rodríguez como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de microcomercia-

lización, tipificado en el artículo 298º del Código Penal, en agravio del Estado. El acusado a la fecha se encuentra en libertad con la medida de comparecencia simple al no haber sido requerida ninguna otra medida coercitiva por la parte acusadora.

2. Principio de presunción de inocencia

2.1. El principio de presunción de inocencia se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (artículo 9º), la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica - Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8º), la Constitución Política del Estado (artículo 2.24.e) y el Código Procesal Penal (artículo II del Título Preliminar), ésta última norma tiene la siguiente prescripción:

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado (subrayado nuestro).

2.2. La presunción de inocencia en su formulación negativa nos indica que “nadie es culpable si una sentencia no lo declara así”, en concreto significa que:

- a) Que, sólo la sentencia tiene esa virtualidad.
- b) Que, al momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades: o culpable, o inocente. No existe una tercera posibilidad.
- c) Que la culpabilidad debe ser jurídicamente construida.
- d) Que esa construcción implica la adquisición de un grado de certeza.
- e) Que el imputado no tiene que construir su inocencia.
- f) Que el imputado no tiene que ser tratado como un culpable.
- g) Que no pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, partes de la culpabilidad que no necesitan ser probadas¹.

2.3. El conjunto de principios señalados precedentemente conforman la situación o el status básico de un ciudadano sometido a proceso. El llega al proceso con un status que debe ser destruido y en ello reside la construcción de la culpabilidad. Construir con certeza la culpabilidad significa destruir sin lugar a dudas la situación básica de libertad de la persona imputada. Si no existe ese grado de certeza, no se puede arribar a la decisión de culpabilidad. Ese es el principio de favor rei, comúnmente mencionado como in dubio pro reo. No se trata de ningún beneficio a favor del reo, o una prebenda legislada para “favorecer” sino muy por el contrario, una limitación muy precisa a la actividad sancionatoria del Estado².

2.4. La presunción de inocencia en rigor técnico-jurídico se ubica en el tipo de presunciones aparentes o verdades interinas, en las cuales no hay un antecedente que hay que probar (a diferencia de las presunciones iuris et de jure y iuris tantum)³ o, en otras palabras, el antecedente consiste en un estado de cosas patente que no es necesario probar. Ello supone que la parte beneficiada por una presunción de este tipo no tiene que probar hecho alguno que actúe como antecedente del hecho presumido. En la presunción de inocencia, el acusado no tiene que probar nada para que ésta se aplique, sino que simplemente tal presunción entrará en juego por el simple hecho de encontrarse inmerso en un proceso. El papel que juega este tipo de presunciones sobre el objeto de prueba, se da cuando los hechos favorecidos por la presunción, quedan totalmente exentos de prueba mientras no se practique prueba en contrario. Es decir, en el proceso debe actuarse como si el hecho presumido fuera verdad hasta que, en su caso, se pruebe lo contrario⁴.

2.5. La presunción de inocencia debe garantizar que, en caso de duda sobre las circunstancias favorables al acusado, la sentencia sea absolutoria (si se trata de una causa de exención total de responsabilidad penal) o que refleje la correspondiente disminución de la pena (cuando se trate de circunstancias atenuantes o eximentes incompletas). Una de las implicaciones de ello, lógicamente, es la que se produce en relación con

¹ BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad Hoc SRL. Segunda edición, primera reimpresión, Buenos Aires-Argentina, 2000, pp. 124-127.

² Idem.

³ La aplicación de ambas exige la plena acreditación del antecedente, la diferencia sustancial entre unas y otras reside en la derrotabilidad o, en otras palabras, en las formas de evitar la aplicación de la presunción. En las iuris et de iure únicamente puede atacarse la existencia del antecedente, mientras que en las presunciones iuris tantum se abre una doble posibilidad: puede probarse, en primer lugar, la inexistencia del antecedente y, en segundo lugar, puede probarse que, aunque se da el antecedente, no se produce en el caso concreto el consecuente.

⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Prueba y Presunción de Inocencia. Iustel, Madrid-España, 2005, pp. 43-45.

la carga de la prueba formal: al acusado le bastará hacer surgir la duda sobre la concurrencia de alguno de estos hechos para que surta sus efectos, de tal modo que el grado de convencimiento judicial debe ser claramente distinto al que se exige como fundamento de una sentencia condenatoria. En resumen, puede concluirse que la presunción de inocencia garantiza que el acusado no asuma inicialmente carga alguna, sino que es la acusación quien tiene que probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Sin embargo, una vez que la acusación ha planteado pruebas contundentes de la culpabilidad, la defensa asume la responsabilidad de alegar y acreditar los hechos que puedan evitar la condena o supongan una rebaja de la pena⁵.

2.6. La prueba debe recaer sobre los hechos en los que se apoya la pretensión punitiva, que no son otros que los relativos a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito, esto es, la realización del hecho delictivo y su comisión por el acusado. Por hecho constitutivo cabe entender aquellos que fundamentan la pretensión de la parte activa del proceso, en la medida en que conforman el supuesto de hecho de la norma jurídica cuya aplicación se solicita. La existencia del hecho constitutivo (en el que se considera incluida la participación del acusado), es condición necesaria y suficiente para la aplicación de las consecuencias jurídicas de la norma penal. La presunción de inocencia supone que la condena sólo puede ir precedida de suficiente prueba de cargo, entendida como tal, toda aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes del mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por un parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad⁶.

2.7. Se distingue entonces dos tipos de hechos constitutivos que concurren e integran por igual la conducta delictiva. Por un lado, los hechos externos u objetivos, son aquellos a partir de los cuales se procede a la ejecución material del delito y, por otro lado, los hechos internos, subjetivos o psicológicos son los relativos al estado mental del autor, que a su vez determina la culpabilidad (en sentido jurídico penal) del acusado, cuyo examen permite determinar cuestiones tales como la participación a título de dolo o culpa en los hechos delictivos o la presencia de atenuantes o eximentes de la responsabilidad criminal cuando éstas tienen como fundamento el elemento intencional. La falta o insuficiencia de pruebas de un hecho constitutivo del delito determina necesariamente la absolución del acusado, la falta o insuficiencia de pruebas de una circunstancia agravante no impide la condena –siempre que se haya acreditado la existencia del hecho y la participación del acusado–, si bien bajo la exclusiva aplicación del tipo básico. En definitiva, en ambos casos se trata de la imposibilidad de aplicar la norma penal cuando no ha quedado suficientemente acreditada la concurrencia en el caso concreto de todas las circunstancias que configuran el supuesto de hecho de dicha norma⁷.

2.8. El juego de la presunción de inocencia ha llevado a concluir que es la acusación quien soporta por completo la carga de la prueba de la culpabilidad, de tal modo que le confiere al acusado la posibilidad de permanecer inactivo, ya que exigirle la prueba de su inocencia sería, en muchos casos, una carga de cumplimiento imposible, dado que generalmente tendría que probar hechos negativos y ello constituiría una prueba diabólica⁸. De este modo, el status jurídico de inocente del que goza el acusado impide que sobre él pueda pesar carga alguna⁹, puesto que el principal efecto que surte la presunción de inocencia es el de desplazar la carga de la prueba de la culpabilidad –incluidas las circunstancias agravantes– sobre la acusación¹⁰. Así pues, las características de cada una de las manifestaciones de la carga de la prueba pueden resumirse en las siguientes: mientras la carga de la prueba formal tiene como destinatarios a las partes en la fase de prueba, indicándoles qué hechos tiene que probar cada una de ellas para lograr una resolución que satisfaga sus pretensiones o resistencias, la carga de la prueba material (también llamado regla de juicio) está dirigida de forma directa al juez, indicándole, complementariamente, cuál debe ser el sentido de la sentencia en los casos en los que algún hecho relevante permanezca incierto y en función del tipo de hecho incierto, entrando en juego, pues, en la fase decisoria¹¹.

3. Delito de tráfico ilícito de drogas

El tipo base del delito de tráfico ilícito de drogas se encuentra tipificado en el artículo 296° del Código Penal,

5 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, ob cit., p. 289.

6 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, ob cit., pp. 52-55.

7 Idem.

8 ASCENCIO MELLADO, José María. Prueba Prohibida y Preconstituida. Ed. Trivium, Madrid-España, 1989, p. 46.

9 CAFFERATA NORES, J. I. La Prueba en el Proceso Penal. Ed. Desalma, Buenos Aires-Argentina, 1988, p. 33.

10 MONTANÉS PRADO, M.A. La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Ed. Arangadi, Pamplona-España, 1999, pp. 81-83.

11 Taruffo individualiza las distintas circunstancias en las que un hecho puede quedar incierto: a) cuando no se propuesto la práctica de medios de prueba, o ésta no ha sido admitida y el órgano jurisdiccional no ha practicado pruebas de oficio; b) cuando se han admitido pruebas sobre el hecho pero su práctica ha resultado fallida; c) cuando se han practicado pruebas sobre el hecho pero su resultado no es concluyente y, por tanto, el hecho permanece incierto; d) cuando las pruebas practicadas sobre el hecho conducen a considerar que éste no se ha producido. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, ob cit., p. 75).

reproduciéndose la parte pertinente de la proposición normativa en relación con caso de autos:

“Él que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 1), 2) y 4).

Él que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa”. (subrayado nuestro)
(...)

3.2. El Ministerio Público en la formalización de la investigación preparatoria calificó la conducta del imputado como delito de micro comercialización de droga, la cual se encuentra tipificada en el artículo 298º del Código Penal, con la siguiente proposición normativa en su parte pertinente:

“La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuándo: 1. La cantidad de droga fabricada, extractada, preparada, comercializada o poseída por el agente no sobrepase los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, cinco gramos de látex de opio o un gramo de sus derivados, cien gramos de marihuana o diez gramos de sus derivados o dos gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxifetamina - MDA, Metilendioximetanfetamina - MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas”.

3.3. Por consumo ilegal de las sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas cuya promoción, fomento o facilitación veta el precepto penal tutelando el bien jurídico de la salud del consumidor, ha de entenderse toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud. De ahí que la tenencia o consumo de tales géneros fuera de los supuestos autorizados y sin cumplir las prevenciones administrativas que tales supuestos contemplan, constituya un ilícito administrativo. La propia procedencia de su comiso y destrucción, aunque sean en poder de un auto consumidor que no comete ilícito penal, revela el carácter ilícito de su posesión, ya que en definitiva se trata de géneros prohibidos. En conclusión, todo consumo de drogas que no entre en los supuestos expresamente autorizados en los convenios internacionales¹² y las normas administrativas vigentes en Perú, constituye un consumo ilegal. Sin embargo, la expresión “consumo ilegal”, no está afirmando que dicha ilegalidad sea suficiente para estimar que nos hallamos ante un comportamiento penalmente típico. Esto porque existe una serie de comportamientos que por su incapacidad de difusión y, con ello de poner en peligro el bien jurídico protegido, se consideran penalmente atípicos como el autoconsumo, regulado por el artículo 299º del Código Penal como una conducta no punible.

3.4. Traficar en el lenguaje usual es comerciar, negociar, especialmente de forma ilegal. Hacer indebidamente negocio de algo¹³. Sinónimo de comerciar, negociar, vender, comprar, tratar, especular, mercader¹⁴. La expresión tráfico, sin embargo, no hay que entenderla en un sentido mercantil; en consecuencia, no es preciso la habitualidad o el lucro, sino que penalmente el delito se perfecciona con la consumación de uno sólo de los actos que componen la figura descrita en el tipo básico y que constituyen el tráfico ilícito¹⁵. Desde un punto de vista estrictamente literal, el tipo vendría a comprender todos aquellos actos que contribuyan de alguna manera al consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Esta formulación tan amplia de la conducta típica resulta más que discutible desde la perspectiva del principio de legalidad, y dentro de éste, del mandato de taxatividad que exige la precisión en la configuración típica y prohíbe las cláusulas abiertas de contenido tan difuso. De ahí la necesidad de llevar a cabo una delimitación del ámbito típico a través de la reducción teleológica del precepto, excluyendo aquellos comportamientos que, aunque formal y aparentemente pudieran entrar en el amplísimo tenor literal del precepto, son incapaces de afectar de forma relevante el bien jurídico protegido¹⁶.

3.5. La conducta sólo será típica si supone una contribución inmediata a la expansión también inmediata del consumo ilegal de las sustancias prohibidas¹⁷. En la medida en que se trata de conductas que han de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal, aquellas que no resulten idóneas para difundir dicho consumo

¹² Véase la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988.

¹³ Diccionario Enciclopédico Usual Larousse. México, 2004, p. 708.

¹⁴ Diccionario de Sinónimos y Antónimos e Ideas Afines Larousse. México, 2004, p. 520.

¹⁵ PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero. Tomo IV, Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 1995, p. 124.

¹⁶ GARCÍA, F. Jouier. El Delito de Tráfico Ilícito de Drogas. Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2009, pp. 37-38.

¹⁷ JOSHI JUBERT, Ujala. Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del artículo 368º del Código Penal. Bosch, Barcelona-España, 1999, pp. 180.

y, con ello, poner en peligro el bien jurídico protegido han de considerarse atípicas. El bien jurídico protegido en estos delitos es la salud pública, entendido como la suma de la salud de todos los individuos (carácter colectivo), amén de constituir un derecho fundamental reconocido en el artículo 7° de la Constitución Política del Estado¹⁸. La salud pública es un derecho al que pueden acogerse todos los ciudadanos. La protección inmediata con la represión del delito de tráfico ilícito de drogas es la salud pública, en tanto que la protección mediata es la salud individual. Lo que se quiere evitar es la generalización de un hábito insalubre entre personas indeterminadas¹⁹.

3.6. Para que pueda afirmarse que una sustancia causa grave daño a la salud deberá probarse los siguientes extremos: 1) Dado que este precepto (delito de tráfico ilícito de drogas) protege la salud de las personas, deberá tratarse de una sustancia que en abstracto –peligro abstracto– tenga capacidad de dañar de forma penalmente grave a la salud individual, esto es, de lesionar de forma, sino irreversible, sí de difícil curación la salud de las personas concretas. 2) Deberá comprobarse a continuación, la idoneidad concreta para afectar gravemente la salud individual, pues en caso contrario, de tratarse de sustancias –en el caso concreto– sin capacidad objetiva para ello, será difícil poder afirmar la existencia de un peligro potencial para la comunidad. De ahí que sea necesario comprobar en cada caso el grado de pureza y la cantidad de sustancia aprehendida, pues de tratarse de sustancia con un contenido muy bajo en principio activo o de una cantidad ínfima tendrá que rechazarse la posibilidad de poner en peligro la salud pública. 3) Puesto que en este precepto no se exige la lesión de la salud individual, sino de la pública, concepto éste último más general y abstracto, no bastará para confirmar el daño a la salud pública la concurrencia de los dos requisitos anteriores, sino que la cantidad aprehendida lo deberá ser en cantidad apropiada para ser difundida entre una masa de población importante, o por lo menos entre personas indeterminadas y de forma indiscriminada²⁰.

3.7. La protección a la salud pública e individual, no supone una obligación normativa que prohíba el uso de drogas lícitas o ilícitas. Nuestra Constitución Política del Estado ha distinguido claramente los deberes éticos y morales de los deberes jurídicos al consagrar el Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad de la persona (artículo 1º)²¹. El consumo de drogas no representa una amenaza real o potencial contra el bien jurídico salud pública. La represión de este comportamiento conllevaría a la transgresión del principio de culpabilidad y lesividad. Incluso significaría la adopción por parte del legislador, de una posición meramente valorativa de las normas jurídico penales. Castigar al tenedor en tales casos constituye una forma vedada de castigar un vicio. Para que la adicción tenga trascendencia punitiva es necesario que se acompañe de la comisión de un hecho delictivo. En suma, cualquier estatuto penal que busque evitar un comportamiento que perjudique únicamente al actor, como el consumo de drogas ilícitas, estaría creando delitos sin víctimas²².

3.8. La posesión, del mismo modo que los demás actos recogidos específicamente en el tipo base del artículo 296º del Código Penal, han de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal, aquellas conductas que no resulten idóneas para difundir dicho consumo y con ello, poner en peligro el bien jurídico protegido han de considerarse atípicas. Así la posesión autorizada, la posesión dirigida al propio consumo o incluso al consumo compartido²³ y, en general, la posesión sin esa capacidad de difusión²⁴. Actualmente el consumo individual y aislado va desapareciendo para dar lugar al uso grupal, lo que implica la necesidad de asegurar, para sesiones de consumo grupal, una mayor cantidad de droga. Una cantidad de droga mayor al consumo personal puede ser indicio de tráfico, pero no se identifica con éste²⁵. La referencia al fin de tráfico ilícito, como elemento del tipo, implicaría la descriminalización total de todo acto dirigido a la satisfacción

18 Artículo 7º de la Constitución Política del Estado: Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

19 MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. Venta de cantidades mínimas de droga: Insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des) protección de menores e incapaces. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. T. LVI, España, 2003, p. 95.

20 JOSHI JUBERT, Ujala, ob cit., pp. 95-96.

21 Artículo 1º de la Constitución Política del Estado: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

22 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Coca, Cocaína. Entre el Derecho y la Guerra. PPU, Derecho y Estado, Barcelona-España, 1990, p. 47.

23 Tórmese como referencia la STS Español N° 2023/2002 de 4 de diciembre que ha impuesto como criterios para la configuración del consumo compartido de drogas los siguientes: a) En primer lugar, los consumidores han de ser ya todos adictos, para excluir la reproducible finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud. b) El consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica. c) La cantidad ha de ser insignificante, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro. d) La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública. e) Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar. f) Debe tratarse de un consumo inmediato (FJ 6º).

24 El Tribunal Supremo Español ha desarrollado una breve tipología de supuestos atípicos que no suponen un riesgo para el bien jurídico protegido "salud pública", al ser contactos que tienen lugar entre consumidores –o entre éstos y su entorno inmediato– y carecer de trascendencia ante la colectividad de los consumidores, así tenemos los siguientes casos: a) Los supuestos de compra compartida o con bolsa común. b) Las invitaciones en el momento del consumo y otros supuestos de invitación socialmente adecuada. c) Los de consumo en pareja u otros casos de conivencia estrecha. d) Las llamadas donaciones compasivas o altruistas, en las que se dona droga a alguien para liberarlo del síndrome de abstinencia u otros males relacionados con su adicción. Así la jurisprudencia ha dicho que no suponen un peligro de consumo general e indiscriminado, no promueven la difusión del producto ni lo facilitan a personas indeterminadas, implican un peligro meramente individual. (En: ALVAREZ GARCÍA, F. Javier, ob cit., pp. 66-67).

25 FERNÁNDEZ CÁRRASQUILLA, Hacia una Alternativa para la Política de las Drogas en América Latina. Drogas. Temis, Bogotá-Colombia, 1989, p. 165.

del propio consumo, o de otros actos propios de la vida de relación de la sub cultura adictiva, como la donación o invitación de drogas a “colegas” del consumo ²⁶.

4. Presunción judicial de “preordenación” al tráfico ilícito de drogas

4.1. La presunción de inocencia encuentra en la jurisprudencia una situación problemática, en la medida en que se produce la posibilidad de que el órgano judicial introduzca en la motivación presunciones que atañen a alguno de los hechos discutidos acerca de los cuales no ha recaído prueba. Es lo que sucede, por ejemplo, en materia de delitos contra la salud pública, como en el tráfico ilícito de drogas, cuando la tenencia de una determinada cantidad de droga se presume destinada al tráfico. En estos supuestos, sin necesidad que la acusación acredite tal preordenación al tráfico, este hecho queda fijado en virtud de la aplicación de una máxima de experiencia que se ha convertido ya en una regla jurisprudencial ampliamente aplicada. El problema es que se introduce por vía extralegal, reglas de valoración de la prueba contrarias, en muchos casos, a la presunción de inocencia, puesto que de acuerdo con ésta es el acusador quien tiene que proporcionar la prueba de cargo suficiente del delito. El efecto principal es de traspasar al acusado la carga de la prueba de lo contrario, esto es, una vez acreditado que éste poseía determinada cantidad de droga, deberá acreditar que dicha posesión lo era a los fines de autoconsumo ²⁷.

4.2. Se ha convertido en una presunción ampliamente aceptada la preordenación al tráfico, mientras que el consumo –propio e inmediato como lo exige el artículo 299° del Código Penal ²⁸–, que en estos casos sería la versión más favorable al acusado, se convierte en necesario objeto de prueba como único modo de desvirtuar la presunción. Este tipo de prácticas –sin duda necesarias en muchas ocasiones para evitar situaciones de evidente impunidad– deben ser observadas con extraordinaria cautela y, en todo caso, deben ir acompañadas de datos probatorios o indicios ²⁹ que permitan llegar a tales conclusiones con suficiente fiabilidad, sobre todo en aquellos casos en los que las cantidades de droga halladas en poder del acusado escasamente superen los niveles permitidos de autoconsumo. El hecho de que el consumidor posea una cantidad mayor a la dosis personal, una dosis de aprovisionamiento, no significa, de plano, su dedicación a la comercialización al menudeo de drogas. Esto sería consagrar una presunción iuris tantum de tráfico ilícito además de soslayar la necesaria referencia a la finalidad de la posesión que deberá hacer el juzgador al momento de valorar las pruebas indiciarias ³⁰. Los usuarios de la droga no reparan, generalmente, en la cantidad de droga que ingieren, en su pureza, ni en la naturaleza nociva o menos nociva de la misma, por tanto, en una versión acorde con el principio de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva reconocido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal ³¹, por dosis personal debe entenderse el consumo total necesario para que el usuario consiga los efectos deseados, debiendo el juez analizar cada caso en concreto en función al principio de razonabilidad.

4.3. En realidad, cuando el artículo 299° del Código Penal exige, para eximir de castigar al consumidor de estupefacientes, condiciones legales de carácter cuantitativo y cualitativo o temporal (como imponer que la dosis sea para el consumo inmediato), está creando un sistema de condiciones absolutas “iuris et de iure” de destino al tráfico cuando no se cumplan los requisitos legales para determinar la posesión de una dosis personal. No se presta atención a la intención del consumidor, ya establecida en el artículo 296° cuando prescribe que la posesión para ser sancionada, debe ser con la finalidad de traficar. El usuario no es un traficante en potencia. Sostener lo contrario es consagrar un tipo de autor normativo presunto (iuris et de jure), lo que resulta inadmisibles en el derecho penal no autoritario. Si no realigamos una interpretación sistemática de estos artículos estaríamos dando lugar a un derecho penal de mera sospecha que colisiona con el principio de culpabilidad ³². Inclusive se estaría dando paso a una posible responsabilidad objetiva, cuando no se diesen los supuestos que sirven de exención a la posesión de droga para el propio consumo ³³.

26 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Política Criminal Peruana. Cultural Cuzco S.A., Lima-Perú, 1985, p. 401.

27 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, ob cit., pp. 46-47.

28 Artículo 299° del Código Penal: No es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados, un gramo de látex de opio o doscientos miligramos de sus derivados o doscientos cincuenta miligramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxiacetilmetanfetamina - MDA, Metilendioxiacetilmetanfetamina - MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas. Se excluye de los alcances de lo establecido en el párrafo precedente la posesión de dos o más tipos de drogas.

29 La jurisprudencia suele apoyarse en una serie de indicios para afirmar la presencia de posesión típica, requiriéndose normalmente que sean plurales o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa. A manera referencial, el Tribunal Supremo Español ha considerado como indicios de posesión para tráfico, la cantidad de droga incompatible con el propio consumo y su pureza; la no condición de drogodependiente o, al menos de consumidor del poseedor; la forma de distribución de la droga (por ejemplo en papelinás); la tenencia de elevadas cantidades de dinero de procedencia no justificada; la distribución del dinero en billetes pequeños y moneda fraccionaria; la variedad de drogas poseídas; la ocupación de útiles, instrumentos o materiales para el pesaje (como balanzas de precisión), cortado, distribución; el lugar en que se encuentra la droga; el lugar y actitud en que el sujeto es sorprendido con esta sustancia, e incluso la conducta evasiva mostrada por el mismo. (En: ALVAREZ GARCÍA, F. Javier, ob. cit. pp. 41-42).

30 De esta idea, Bramont Arias Torres, citado por PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero. Tomo IV, Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 1995, p. 320.

31 Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal: La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

32 PEÑA CABRERA, Raúl, ob cit., p. 301.

33 LAMAS PUCCIO, Luis. El Tráfico de Drogas en el Nuevo Código Penal. Editorial Cuzco S.A., Lima-Perú, p. 47.

5. Sobreseimiento

5.1. El defensor público del acusado ha solicitado el sobreseimiento del proceso invocando la causal contenida en el artículo 344.2.d del CPP por considerar que no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, dado que el Ministerio Público no ha ofrecido medio de prueba alguno que demuestre objetivamente la preordenación al tráfico de la escasa droga incautada al acusado, lo que efectivamente puede contrastarse con las únicas pruebas (de cargo) ofrecidas por el Fiscal y admitidas por el Juez en la audiencia preliminar, debido a que la defensa no ofreció prueba alguna, por tanto, las pruebas para el potencial juicio pueden resumirse en el siguiente cuadro:

Pruebas de la Fiscalía Admitidas	Posesión de droga	Tráfico de droga	Consumo de droga
Testigo Juan benavides Ayala y Acta de Registro personal	x		
Perito Juan Villanueva Reyes y Acta de Orientación y descarte de droga	x		
Peritos Doris Mery Chávez Quiñones y María Antonieta Chávez Bermuy y pericia químico toxicológica			x

5.2. Resulta antagónico a la pretensión persecutora del delito, el ofrecimiento por el Ministerio Público en su propia acusación de un medio de prueba de descargo, como indudablemente son los peritos y la pericia químico toxicológica tendientes a demostrar la existencia de droga en el organismo del acusado, facilitando de esta manera la corroboración de la teoría del caso de la defensa invocada desde el inicio de la investigación, en el sentido que al tratarse de un consumidor; la marihuana poseída estaba destinada para su propio e inmediato consumo, encuadrando su conducta en una posesión no punible de droga bajo los alcances del artículo 299° del Código Penal. Tal postura del Fiscal podría entenderse en la etapa de investigación preparatoria en la que tiene la obligación de actuar objetivamente en la indagación de los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado, como lo prevé el artículo IV.2° del Título Preliminar del CPP. Una situación totalmente distinta tiene lugar cuando la investigación ha concluido con una acusación de cara a un juicio, en el entendido que el Fiscal ha llegado a la plena convicción de la existencia del delito y de la responsabilidad penal del acusado, de ahí que los medios de prueba (de cargo) que ofrezca en su acusación deban estar dirigidos derechamente a su posterior demostración en juicio; mientras que la defensa a su vez tendrá que ofrecer los medios de prueba (de descargo) que destruya o debilite la teoría del caso incriminatorio, en un juego dialectico que permitirá al Juez un adecuado control de calidad de la información jurídica relevante para la decisión de mérito.

5.3. Como se aprecia del cuadro didáctico, el material probatorio (de cargo) a ser potencialmente actuado en juicio, está dirigido a demostrar un hecho no controvertido y consensuado, consistente en que el acusado con fecha veintitrés de agosto del dos mil nueve fue detenido por el policía Juan Benavides Ayala en la plaza de armas de Laredo en posesión de marihuana (cannabis sativa) con un peso bruto de 10.48 gramos. Curiosamente ninguno de los medios de prueba admitidos en la audiencia preliminar, está dirigido a esclarecer un hecho controvertido esencial al caso de autos consistente no en la posesión de la droga por el acusado sino en su comercialización por ser un elemento normativo que compone la estructura del delito de (micro) comercialización tipificado en el artículo 298° del Código Penal; máxime si el acusado no registra antecedentes penales por tráfico ilícito de drogas y además tiene la condición de drogadicto según la pericia químico toxicológica, todo lo cual hace presumir razonablemente que la escasa cantidad de droga encontrada en su poder estaría efectivamente destinada a su propio e inmediato consumo (no punible).

5.4. Recuérdese que la presunción de inocencia constituye una regla probatoria que impone la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acusación al Ministerio Público, de tal modo que en ningún caso será posible realizar una inversión de la carga de esta regla, en el sentido que deba ser el acusado quien acredite su inocencia o, en su caso, quien tenga que convencer al órgano jurisdiccional de la inexistencia de circunstancias relativas a su culpabilidad cuando éstas no hayan sido previamente acreditadas por la acu-

sación³⁴. En esta línea, concluida la investigación preparatoria, el Ministerio Público no ha podido satisfacer la carga de obtener prueba suficiente de cargo (directa o indirecta) de los hechos constitutivos del delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de micro comercialización tipificado en el artículo 298° del Código Penal, más específicamente no se ha recabado ninguna prueba tendiente a demostrar en juicio la existencia de actos concretos de posesión con fines de promoción, favorecimiento o facilitación al consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

5.5. De la tesis inculpativa inicial contenida en la disposición de formalización de investigación preparatoria, sólo ha quedado subsistente el mero acto de posesión por el imputado de 10.48 gramos (peso bruto) de cannabis sativa (marihuana), la misma que por ser una cantidad ínfima, resulta inidónea para poner en peligro el bien jurídico salud pública. Así mismo, al no haberse practicado durante la investigación la pericia química de la marihuana incautada, solamente se ha obtenido como dato el peso bruto, la misma que al encontrarse envuelta en sobres de revista (ketes), por máxima de experiencia³⁵, al desecharse la cobertura externa para viabilizar la pericia, resulta evidente que la droga sufrirá una disminución en relación a su peso neto, la cual incluso podría encontrarse dentro del límite cuantitativo permitido a cualquier persona adulta para destinarlo a su propio e inmediato consumo, como lo prescribe el artículo 299° del Código Penal, al tasar en ocho gramos la posesión no punible de marihuana, siendo plenamente aplicable la presunción de inocencia en su manifestación de in dubio pro reo, al encontrarnos ante una duda insalvable sobre el peso neto de la droga, provocada precisamente por quien tiene la carga de la prueba del delito (Ministerio Público), dada la impracticabilidad de la pericia química durante la investigación e imposibilidad de su incorporación en otro estadio procesal.

5.6. El Ministerio Público ha invertido el principio de presunción de inocencia por el de culpabilidad, en el sentido de interpretar que la posesión de marihuana por el acusado no estaba destinada al consumo personal (versión favorable) sino al tráfico (versión desfavorable), pese a haberse acreditado desde el inicio de la investigación preparatoria el hábito a la drogadicción del acusado, precisado por éste en su declaración, corroborado con la pericia química toxicológica con resulta positivo para cocaína y marihuana en su organismo. En otras palabras, los órganos oficiales de persecución penal (Ministerio Público - Policía Nacional) no han logrado obtener ningún medio de prueba dirigido a demostrar en juicio que la droga poseída por el acusado estaba destinada al tráfico, siendo manifiestamente aplicable la causal de sobreseimiento prevista en el artículo 344.2.d del CPP, al no existir razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, ni tampoco hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, puesto que al no haberse admitido en la audiencia preliminar pruebas mínimas elementales tendientes a acreditar en juicio los hechos constitutivos del tipo delictivo de micro comercialización de droga, tipificado en el artículo 298° del Código Penal, solamente se tiene como hecho inculpativo la sola posesión de marihuana en escasa cantidad por el acusado, pero totalmente desconectada o desligada con algún acto concreto de tráfico, siendo incluso más comprobable objetivamente con la pericia química toxicológica la versión del consumo directo e inmediato.

Por estas consideraciones, **SE RESUELVE**;

III. PARTE RESOLUTIVA:

FUNDADA la solicitud de **SOBRESEIMIENTO**, presentada por el doctor Wilfredo Enrique Rebaza Villacorta en calidad de defensor público del acusado, por la causal prevista en el artículo 344.2.d del Código Procesal Penal del 2004; en consecuencia, **SOBRESEASE** el proceso seguido contra Edwin Paúl Gross Rodríguez (con DNI N° 46890033, de sexo masculino, nacido el dos de setiembre de mil novecientos ochenta y siete en el distrito de Laredo, provincia de Trujillo, departamento de La Libertad, hijo de Armando e Hilda Luz, soltero, con domicilio en la calle Los Laureles número setecientos cuarenta de la urbanización veintidós de febrero del distrito de Laredo), por el delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de micro comercialización, tipificado en el artículo 298° del Código Penal, en agravio del Estado.

LEVÁNTESE la medida de comparecencia simple dictada contra el acusado. **PROCEDASE** al decomiso de la marihuana incautada a la acusada. **ANULENSE** los antecedentes judiciales y/o policiales derivados del presente proceso. **ARCHÍVESE DEFINITIVAMENTE** el expediente en el modo y forma de ley en la sección que corresponda. **NOTIFÍQUESE**.

³⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, ob cit., p. 283.

³⁵ Entiéndase por máxima de experiencia, el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de nivel medio. En: CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V. Editorial Heliasta, 27 edición, Argentina, 2006, p. 353.

ACUSACIÓN:**37****SOBRESEIMIENTO POR PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL - ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN DILIGENCIAS PRELIMINARES NO INTERRUPTEN LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL ORDINARIA**

"[...] El artículo 82° del Código Penal precisa que el plazo de prescripción de la acción penal comienza en el delito instantáneo a partir del día en que se consumó, ello tuvo lugar en el caso examinado el día veintiocho de julio del dos mil siete, cuando el acusado utilizando un pico de botella realizó cortes en la cara y en el oído del agraviado que le han provocado lesiones en el cuerpo con una incapacidad médico legal de veinte días".

"[...] Cuando la Fiscalía comunicó la formalización de investigación preparatoria con fecha ocho de setiembre del dos mil ocho, la acción penal ya se había extinguido (prescripción ordinaria), no cumpliéndose uno de los requisitos sustanciales para que el Ministerio Público pueda proceder a formalizar válidamente la investigación [...]".

"[...] El artículo 83° del Código Penal precisa que "la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales". La alusión de la norma al vocablo "actuaciones" debe ser interpretado y adaptado al actual proceso penal adscrito al sistema acusatorio adversarial [...]".

"[...] El juez ante la imprecisión del legislador en la fórmula normativa empleada, está en la obligación de delimitar, concretizar e identificar claramente aquellas "únicas actuaciones" que por su relevancia jurídica en el ejercicio del ius puniendi puedan racionalmente interrumpir el plazo de prescripción de la acción penal las cuales deberán ser reducidas a aquellas vinculadas con la promoción de la acción penal".

Base Legal: Const.: Arts. 41°, 138°, 139.5°, 139.13°, 146.1°, 201°; CP: Arts. 78.1°, 80°, 81°, 82°, 83°, 84°, 122°, 122.2.a; C.de P.P.: Art. 301-A°; NCPP: Arts. VII.3°, 2.4°, 336.1°, 339.1°, 344.2.c, 433.3°; LOPJ: 22°, 116°; AP: N° 01-2010/CJ-116

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
 TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: 4430-2008-19
JUEZ	: DR. GIAMMPOL TABOADA PILCO
MINISTERIO PÚBLICO	: SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL CORPORATIVA DE TRUJILLO
IMPUTADO	: SEGUNDO GUMERCINDO GONZALES POLO
AGRAVIADO	: DENNYS DIEGO GUZMÁN MENDOZA
ASISTENTE	: KATTY LEGOAS LOZADA
DELITO	: LESIONES LEVES

**Resolución N° Nueve
 Trujillo, primero de agosto
 Del año dos mil once**

I. PARTE EXPOSITIVA:

La doctora Siluía Lucía Chang Chang en calidad de Fiscal Provincial Penal de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Trujillo, formula acusación contra Segundo Gumercindo González Polo por el delito de lesiones leves, tipificado en el artículo 127° del Código Penal en agravio de Dennys Diego Guzmán Mendoza. Se corrió traslado de la acusación a los demás sujetos procesales y se realizó con fecha veintiuno de julio del dos mil once la audiencia preliminar en la Sala de Audiencias del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, con la presencia de la Fiscal doctora Mónica Requejo Chamorro, el defensor público del acusado doctor Michael Luyo Ramírez, habiendo propuesto este último el sobreseimiento del proceso por las causales previstas en el artículo 344.2°, incisos c) y d) del Código Procesal Penal del 2004 –en adelante CPP–, siendo el estado del proceso el de resolver los medios técnicos de defensa objeto de debate.

II. PARTE CONSIDERATIVA:**1. Antecedentes**

1.1. Con fecha ocho de setiembre del dos mil nueve, el doctor Mirko Cano Gamero en calidad de Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Trujillo, conforme al artículo 3° del CPP, comunicó la formalización de investigación preparatoria contra Segundo Gumercindo González Polo por el delito de lesiones leves, tipificado en el artículo 122° del Código Penal en agravio de Dennys Diego Guzmán Mendoza. Posteriormente

te con fecha veinticinco de agosto del dos mil diez, el Ministerio Público presentó requerimiento de acusación por el mismo hecho punible como lo prevé el artículo 349.2º del CPP.

1.2. La tesis acusatoria se resume en que con fecha veintiocho de julio del dos mil siete a las veintitrés horas, cuando el agraviado Dennys Diego Guzmán Mendoza se encontraba en el interior del Coliseo Municipal del distrito de Simbal, provincia de Trujillo, departamento de La Libertad en compañía de sus amigos, fue atacado por el acusado Segundo Gumerindo González Polo con un pico de botella, ocasionándole cortes en el lado izquierdo de la cara y la oreja izquierda, para luego darse a la fuga. Los certificados médicos N° 005807-PF-AR y N° 002669-PF-AR, han determinado objetivamente una incapacidad médico legal de veinte días para el agraviado; sin embargo, no se recabó durante la investigación ningún medio de prueba destinado a acreditar la participación del acusado como autor o partícipe del evento delictivo antes descrito, más allá de la sindicación inicial contenida en la denuncia.

2. Sobreseimiento por extinción de la acción penal

2.1. La prescripción se sustenta en la debida protección de la persona humana dentro de un Estado Constitucional y de Derecho, siendo contrario a la dignidad humana que el Estado amenace en cada caso concreto con ejecutar su potestad punitiva sin limitación temporal. Si previsto el plazo, no se ha podido terminar el procedimiento (prescripción de la acción penal) o imponer penas o medidas de seguridad (prescripción de la pena) en el tiempo tasado para los delitos cometidos, la ineficacia es del propio Estado, no pudiendo ser soportada por el justiciable, manteniendo en incertidumbre ad infinitum la resolución de su situación jurídica frente al delito¹. La institución de la prescripción garantiza que el ius puniendi, no sea utilizado más allá de los linderos de la seguridad social, siendo mejor presumir que el tiempo ha restaurado ese orden social, en lugar de otorgarle al Estado un poder penal ilimitado². La conveniencia social de la prescripción puede resumirse en las siguientes razones: a) La sociedad olvidada paulatinamente el delito hasta el extremo que su recuerdo mismo desaparece; b) la aplicación tardía de la pena carece de eficacia o ejemplaridad; c) El transcurso del tiempo tiene la oportunidad de corregir a un autor o partícipe de un delito; d) La legitimidad de la persecución y la conveniencia de ejecutar la pena son canceladas por el simple discurrir del tiempo mediante el cual el ius puniendi no logra su objetivo debido a la negligencia de los órganos estatales; e) El tiempo hace que los medios de prueba se debiliten o desaparezcan³.

2.2. El proceso penal implica soportar una enorme carga de aflictiuidad, tanto formal como material, para la persona. Todo proceso penal supone una injerencia y penetración en la vida del ciudadano que le obliga a realizar una serie de actos, a soportar un conjunto de obligaciones (u. gr. comparecer al proceso) y a mantener una expectativa en el resultado y la duración de dicho proceso. El proceso penal en su conjunto afecta derechos del imputado por su mera realización, aún cuando no se dispongan medidas concretas de coacción. El proceso penal es una forma de coacción estatal y comporta la innegable restricción de la libertad del imputado: la incertidumbre provocada por la investigación del delito y por el mantenimiento de un proceso penal, más allá de un tiempo razonable, implica la conservación de una innegable carga de dramatismo, desesperanza, angustia y desazón del ciudadano que compromete no solo el desarrollo de su libre personalidad, sino la dignidad de la persona humana. Lo que está en tela de juicio dentro del proceso es la inocencia del procesado, su buen nombre y honra. Hay casos en que la duración del proceso produce un daño y dolor más intenso que la propia pena, sobre todo cuando se lo mantiene abierto sin necesidad o justificación racional alguna. En este sentido, la prescripción y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable aparecen para paliar los efectos perniciosos del proceso.

2.3. El fundamento constitucional de la prescripción se encuentra tanto en el último párrafo del artículo 41º, como en el artículo 139º, inciso 13º, de la Constitución. Bajo el canon interpretativo de estas dos disposiciones constitucionales, se puede señalar que, en general, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al ius puniendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ésta. Es decir, mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado⁴. Así mismo, el Código Penal reconoce expresamente a la prescripción como una forma de extinción de la acción penal (artículo 78.1º).

1 MIXAN MASS, Florencio. Cuestión Previa, Cuestión Prejudicial, Excepciones en el Procedimiento Penal. Ediciones BGL, Trujillo, 1999, p. 174.

2 BINDER, Alberto. Prescripción de la Acción Penal: La Secuela del Juicio en su Justicia Penal y Estado de Derecho. En: Justicia Penal y Estado de Derecho. Buenos Aires-Argentina, 2004, p.103.

3 ROY FREYRE, Luis. Causas de Extinción de la Acción Penal y la Pena. Grijley, Lima, 1998, pp. 50-52.

4 STC N° 6714-2006-PHC/TC del 23/03/2007, caso Humberto Núñez del Águila [F.J. 3].

2.4. El artículo 80° del Código Penal establece como regla general que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad; sin embargo, en el caso de autos, el acusado tiene como fecha de nacimiento el veinte de octubre de mil novecientos ochenta y ocho, por lo que, a la fecha del hecho punible ocurrido el veintiocho de julio del dos mil siete, contaba con dieciocho años de edad, siendo aplicable a su concreta situación personal el cómputo especial previsto en el artículo 81° del Código Penal, en el sentido que los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tiene menos de veintiún al tiempo de la comisión del hecho punible.

2.5. El delito de lesiones tipificado en el artículo 122° del Código Penal es un delito instantáneo, el mismo que tiene lugar cuando la infracción se consuma en el momento en que se reproduce el resultado o situación que describe la ley, sin que se determine la creación de una circunstancia antijurídica de efectos duraderos⁵; en otras palabras, para el delito de lesiones el hecho punible se consuma con el comportamiento típico de dañar a otro en el cuerpo o en la salud. El artículo 82° del Código Penal precisa que el plazo de prescripción de la acción penal comienza en el delito instantáneo a partir del día en que se consumó, ello tuvo lugar en el caso examinado el día veintiocho de julio del dos mil siete, cuando el acusado utilizando un pico de botella realizó cortes en la cara y en el oído del agraviado que le han provocado lesiones en el cuerpo con una incapacidad médica legal de veinte días.

2.6. Para el cómputo de la prescripción se tiene que en abstracto el delito de lesiones tipificado en el artículo 122° del Código Penal, se encuentra reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Iniciando el cómputo de la prescripción desde la fecha de consumación del delito, se tiene que el plazo de dos años equivalente al máximo de la pena legal aconteció indefectiblemente el veintiocho de julio del dos mil nueve; empero, la responsabilidad restringida por razón de la edad del acusado al contar con dieciocho años de edad al momento de la consumación del delito, produce obligatoriamente la reducción del plazo ordinario a la mitad equivalente a un año que tuvo lugar el veintiocho de julio del dos mil ocho. En esta línea de ideas, cuando la Fiscalía comunicó la formalización de investigación preparatoria con fecha ocho de setiembre del dos mil ocho, la acción penal ya se había extinguido (prescripción ordinaria), no cumpliéndose uno de los requisitos sustanciales para que el Ministerio Público pueda proceder a formalizar válidamente la investigación como es precisamente que la acción penal no haya prescrito como lo exige el artículo 336.1° del CPP.

2.7. El artículo 83° del Código Penal precisa que “la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales”. La alusión de la norma al vocablo “actuaciones” debe ser interpretado y adaptado al actual proceso penal adscrito al sistema acusatorio adversarial, entendiéndose no a cualquier actividad realizada por el Fiscal desde que toma conocimiento de la noticia criminal, dado el tremendo grado de imprecisión y equivocidad en la determinación de aquel acto o aquellos actos que tendrían la entidad o importancia suficiente para interrumpir el decurso del plazo ordinario de prescripción de la acción penal. El Fiscal en el ámbito de su intervención en el proceso conforme al artículo 122.1° del CPP puede dictar disposiciones⁶, providencias⁷ y formular requerimientos⁸, sin perjuicio de los actos de investigación practicados directamente u ordenados practicar a la Policía Nacional que correspondan para comprobar la imputación criminal, como lo permite el artículo 61.2° del CPP.

La multiplicidad de “las actuaciones” que potencialmente puede desarrollar el Ministerio Público desde que toma conocimiento de la noticia criminal que pueden incluso ser diferenciados claramente algunos como actos administrativos y otros como actos de investigación⁹. El juez ante la imprecisión del legislador en la fórmula normativa empleada, está en la obligación de delimitar, concretizar e identificar claramente aquellas “únicas actuaciones” que por su relevancia jurídica en el ejercicio del ius puniendi puedan racionalmente interrumpir el plazo de prescripción de la acción penal¹⁰, las cuales deberán ser reducidas a aquellas vincu-

⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Grijley. Lima, 2006, p. 310.

⁶ Art. 122.2° del CPP: Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser empleado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la Policía a fin de que realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y, e) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley.

⁷ Art. 122.3° del CPP: Las Providencias se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación.

⁸ Art. 122.3° del CPP: Los Requerimientos se formulan para dirigirse a la autoridad judicial solicitando la realización de un acto procesal.

⁹ Sería absurdo considerar como “actuaciones del Ministerio Público” que pueden interrumpir la prescripción, aquellos actos administrativos de mera recepción de la denuncia por mesa de partes, la elaboración del file con la asignación de una identificación del caso o la elaboración de proveídos de impulso procesal. Así como aquellos actos de investigación relacionados con la sola identificación de la persona indiciariamente responsable de un delito (nombres, domicilio, trabajo, etc.).

¹⁰ En esta misma línea Jacobo López Barja de Quiroga comentando el artículo 132.2° del Código Penal Español anota que “en cuanto a la paralización del procedimiento es preciso concretar cuáles diligencias pueden producir el efecto de interrumpir la prescripción y cuáles no. En otras palabras, pueden existir en el procedimiento muy diversas providencias que carezcan de interés real para el objeto investigado y no debe admitirse que las mismas produzcan el efecto de evitar que se considere que el procedimiento no está paralizado. Al respecto debe defenderse que solo aquellas diligencias que tengan un contenido sustancial relacionado con el objeto del procedimiento pueden ser consideradas a la hora de decidir sobre si el procedimiento está o ha estado paralizado. Todas aquellas diligencias carentes de sentido –considerando la investigación– o inexplicablemente repetitivas, no pueden tener el efecto de evitar que se considere que el procedimiento ha estado paralizado. En otras palabras, tales diligencias no interrumpen la prescripción (En: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Cuitas. España. 2010, p. 1143).

ladas con la promoción de la acción penal ¹¹, en aplicación del método de interpretación restrictivo como lo exige el artículo VII.3° del CPP ¹², por tratarse la prescripción de una garantía de la función jurisdiccional a la par de un derecho fundamental que produce los efectos de la cosa juzgada como así lo reconoce el artículo 139.13° de la Constitución Política del Estado.

2.9. El artículo 2.4° del CPP es la única norma que hace referencia expresa a la “promoción de la acción penal” al regular las consecuencias del incumplimiento del pago por el inculpado de la reparación civil objeto de acuerdo con el Ministerio Público en un principio de oportunidad, en cuyo caso “se dictará disposición para la promoción de la acción penal”. De otro lado, el artículo 122.2.a del CPP precisa que “las disposiciones se dictan para decidir el inicio, la continuación, o el archivo de las actuaciones”. Por tanto, el inicio o promoción de la acción penal por el Ministerio Público se materializa por regla general en el proceso penal común con la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria (artículo 3° del CPP). En la investigación preliminar todavía no se decide el ejercicio de la acción penal y más bien la serie de recaudos que se practican se dirigen justamente a determinar si hay indicios suficientes o no de la comisión de un hecho delictivo para ejercitar o no la acción penal ¹³. La formalización es un acto de postulación al proceso penal que permite el ingreso a la investigación preparatoria y que consiste en atribuir a una persona determinada participación en unos concretos hechos que presentan los caracteres de un delito (imputación); a diferencia de la acusación que es un acto postulatorio para el juicio que además de la imputación contiene una pretensión penal de condena y de reparación civil.

2.10. La aplicación del método de interpretación normativa restrictiva, como del principio pro homine para una mejor protección de derechos fundamentales ¹⁴, permite concluir que la causal de interrupción de la prescripción ordinaria de la acción penal prevista en el artículo 83° del Código Penal, relacionada con las “actuaciones del Ministerio Público”, debe contextualizarse en el nuevo proceso penal común, al acto de promoción de la acción penal consistente en la formalización de la investigación preparatoria ¹⁵, en tanto cuente con los requisitos legales y sea recepcionado válidamente por el órgano jurisdiccional previo control de legalidad de los mismos ¹⁶. Recuérdese que conforme al principio de legalidad procesal, el artículo 336° del CPP establece como requisitos de fondo que haya indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad (numeral 1°). Así mismo, como requisitos de forma deberá contener: a) El nombre completo del imputado; b) Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación; c) El nombre del agraviado, si fuera posible; y, d) Las diligencias que de inmediato deban actuarse.

2.11. Por lo expuesto, habiéndose demostrado que el Ministerio Público formalizó la investigación preparatoria, cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción ordinario de la acción penal en razón al delito de lesiones leves objeto de imputación y a la responsabilidad restringida por la edad del imputado, deberá declararse fundada la solicitud de sobreseimiento por la causal del artículo 344.2.c del CPP. No obstante, la Fiscal participante en la audiencia preliminar sustentó su oposición al sobreseimiento de parte, invocando el “efecto vinculante” del Acuerdo Plenario Supremo N° 1-2010/CJ-116 expedido con fecha dieciséis de no-

11 En esta misma línea, Luis E. Roy Freyre expresa: “...insistimos en censurar como un despropósito el hecho que nuestro C.P. se refiera de una manera tan genérica a las causales de interrupción al significarlas con el indefinido vocablo “las actuaciones”. Al parecer, cualquier interpretación restrictiva destinada a marginar la inconveniente amplitud de la Ley podría ser considerada como contradictoria de su voluntad, puesto que al precisar el intérprete las actividades interruptoras estaría al mismo tiempo excluyendo otras que supuestamente sí serían admitidas por la norma al haber empleado una fórmula enunciativa-amplia. No obstante, pensamos que resulta indispensable poner aquí un límite razonable y considerar como “actuaciones del Ministerio Público” únicamente aquellas actividades que se relacionen de manera directa con la promoción de la acción penal” (En: Causas de extinción de la acción penal y la pena. Ob. Cit., pp. 76-77)

12 Artículo VII.3° del CPP: “La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente”.

13 CASTILLO ALVA, José Luis. La Prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. N° 1805-2005-PHC/TC. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana (Directora). Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Grifley, Lima, 2010, p. 691.

14 STC N° 795-2002-AA/TC, 29/01/2003, caso Teodoro Sánchez Basurto: El principio pro homine, según el cual, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, que el principio pro homine impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva (...) y así impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial, se elija la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional, para impugnar el acto presuntamente lesivo [F. 1].

15 Como antecedente normativo histórico de los actos del Ministerio Público y Poder Judicial que pueden interrumpir el plazo de la prescripción, resulta particularmente interesante anotar que el Decreto Legislativo N° 121 (12/06/1981) en su artículo 2°, modificó el artículo 121° del Código Penal de 1924 en el sentido que la prescripción de la acción penal se interrumpe: 1) Por denuncia del Ministerio Público; 2) Por dictarse auto de apertura de instrucción; 3) Por emitirse acusación escrita del Ministerio Público; 4) Por expedirse auto que dispone pasar a Juicio Oral; 5) Por dictarse resolución señalando fecha y hora para iniciarse el Juicio Oral; 6) Por interponerse recurso de apelación o de nulidad; 7) Por expedirse orden judicial de citación o de captura. Nótese la utilización por el legislador de entonces de una fórmula descriptiva-limitada de las actuaciones fiscales o judiciales que tienen la entidad suficiente como para interrumpir el plazo prescriptorio, generando de esta manera mayor seguridad jurídica; a diferencia de la inconveniente de la fórmula enunciativa-amplia empleada en el actual artículo 83° del Código Penal de 1991 que genéricamente hace referencia a “las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales”.

16 El Tribunal Constitucional Español consideró que la querrela o denuncia de un tercero –mutatis mutandi a la disposición de formalización para el caso peruano– es una solicitud de iniciación del procedimiento, y por consiguiente, no se trata de un procedimiento ya iniciado; razón por cual, su presentación no tiene por sí sola eficacia interruptiva del cómputo del plazo de prescripción, para lo cual es necesario “un acto de interposición judicial” o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable”, esto es, una actividad judicial derivada de tal presentación (SSTC 63/2005, de 14 de marzo; 29/2008, de 20 de febrero; y 147/2009, de 15 de junio).

viembre del dos mil diez por las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre la interpretación del artículo 339.1º del CPP, en el sentido que la formalización de la investigación “suspende” el curso de la prescripción de la acción penal. Aun cuando la oposición de la Fiscalía está relacionado a un tema de prescripción extraordinaria de la acción penal, que por sí es manifiestamente impertinente al caso de autos resuelto vía prescripción ordinaria, resulta de suma importancia analizar los aspectos de forma y de fondo del acuerdo plenario invocado, para dejar sentado el criterio del juez a quo en futuros casos similares a efectos de generar predictibilidad y seguridad jurídica en los justiciables (auto precedente).

3. Breves apuntes introductorios sobre jurisdicción y jurisprudencia

3.1. La palabra jurisdicción se forma de *ius* y de *dicere*, aplicar o declarar el derecho, por lo que, se dice jurisdicción o *jure dicendo*. La jurisdicción es la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver, mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones; esto último como manifestación del imperio¹⁷. La llamada función jurisdiccional o más específicamente, jurisdicción, es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia¹⁸. La jurisdicción penal es una especie de la jurisdicción por la que el Estado, a través de los tribunales especialmente adscritos, realiza su misión de dirigir el proceso penal, manteniendo la integridad del ordenamiento punitivo mediante la aplicación de sus normas, declarando en el caso concreto la existencia de delitos (y faltas) e imponiendo las penas (y medidas de seguridad), siempre que se haya ejercitado la acción¹⁹.

3.2. Conforme al artículo 138º de la Constitución, “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. El Poder Judicial es el órgano estatal que tiene como principales funciones resolver los conflictos, ser el primer garante de los derechos fundamentales, canalizando las demandas sociales de justicia y evitando que éstas se ejerzan fuera del marco legal vigente. Similar función, regida fundamentalmente por los principios de supremacía de la Constitución y defensa de los derechos constitucionales, le compete al Tribunal Constitucional. De otro lado, el artículo 201º de la Constitución establece que: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente”. Es claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia.

3.3. La jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta. Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente. Esta afirmación de la jurisprudencia como fuente de derecho se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8º del artículo 139º, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia²⁰.

3.4. La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la super legalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad. De otro lado, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. Tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los

17 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V. Editorial Heliasta. 27ava. edición. Argentina, 2006, p. 48.

18 MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil. Tomo I. Temis. Lima, 1996, p. 213.

19 SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Grijley, Lima, 1999, p. 87.

20 STC N° 47-2004-AI/TC, 24/04/2006, caso José Claver Nina-Quispe Hernández [F. 32-36].

poderes públicos. En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia. En ese sentido, debe enfatizarse que del artículo 103º de la Constitución se deriva que las sentencias de inconstitucionalidad expedidas por el Tribunal Constitucional tienen rango de ley ²¹.

3.5. Hasta acá queda claro que la jurisprudencia es una fuente de derecho que también tiene un fundamento constitucional a través de los órganos jurisdiccionales que la producen. Asimismo, que la labor interpretativa que realizan todos los jueces, inherente a tal función, es la razón de ser de la actividad jurisdiccional, en sede constitucional u ordinaria, y que tiene su fundamento en el principio de independencia consagrado por la Constitución en sus artículos 139º, inciso 2º (Poder Judicial) y 201º (Tribunal Constitucional). Sin la interpretación la actividad de los jueces estaría condenada al fracaso, pues la Constitución y la ley no pueden prever todos los casos posibles que presenta la realidad según cada época.

4. Corte Suprema y precedentes vinculantes

4.1. La Corte Suprema es el máximo exponente del Derecho Judicial ²² y sus fallos deben reflejar ese destacado lugar. Sus pronunciamientos encabezan la jerarquía de los precedentes y expresan (o deben expresar) la interpretación correcta y razonada del Derecho (función monofiláctica) y el control de la actividad judicial de los órganos inferiores a través de la aplicación uniforme del derecho (función de uniformidad). Un Tribunal Supremo tiene la última palabra en el establecimiento y dicción del Derecho. Sus decisiones son definitivas, aunque no infalibles ²³.

4.2. Las instancias judiciales inferiores procuran orientarse y adecuar su práctica a los precedentes y sentencias emitidas por la Corte Suprema ²⁴ o, en general, se guían por los fallos de los órganos superiores de justicia, debido tanto a razones de autoridad, vinculadas a la organización jerárquica de la administración de justicia, como a razones pragmáticas y de oportunidad, ya que el juez mantiene la interpretación y aplicación del Derecho de acuerdo con las directivas de los tribunales superiores, cuenta con la posibilidad de que su fallo se conserve y no será revocado ²⁵, a la vez que le ahorra tiempo, dificultades y responsabilidad ²⁶. La predictibilidad y la uniformidad en las decisiones de la Corte Suprema permiten afianzar la seguridad jurídica. La uniformidad de la jurisprudencia es una necesidad social y la mejor garantía de estabilidad jurídica ²⁷.

4.3. Por precedente se entiende el supuesto ya resuelto en un caso similar ²⁸, el cual goza de relevancia jurídica y de una referencia vinculante. En el precedente no importa el factor tiempo o la repetición de casos, como ocurre con la jurisprudencia. Basta que haya un precedente para invocarse la autoridad del mismo ²⁹. El paso de la jurisprudencia al precedente no solo supone un cambio lingüístico, sino que importa tomar partido por una opción más analítica, que se interesa por estudiar de manera minuciosa las razones por las cuales la decisión de un caso influye en la solución del caso sucesivo.

4.4. El artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que “las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento”. La Corte Suprema de Justicia de la República es, como se sabe, el máximo órgano jurisdiccional del Poder Judicial como lo establece el artículo 143º de la Constitución. Corresponde a este Alto Tribunal de Justicia, como cabeza del Poder Judicial y órgano constitucional específico, la determinación en última instancia del contenido de la ley. Debe asegurar la justicia en términos generales a través de la interpretación y de la aplicación de la ley. Esta función se realiza a través del sistema de recursos ³⁰.

4.5. La ley sólo reconoce a las Salas Especializadas de la Corte Suprema la posibilidad de expedir precedentes vinculantes. Ningún otro tribunal de justicia puede dictar precedentes vinculantes, pese a que gocen de

21 Idem.

22 MAGALDI PATERNOSTRO, María José. La legítima defensa en la jurisprudencia española. Bosch, Barcelona, 1976, p. 19.

23 HART, Herbert. El concepto de derecho. Trad. Genaro Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961, p. 177.

24 GARCÍA AMIGO, Manuel. Instituciones de Derecho Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1979, p. 183.

25 MORAL SORIANO, Leonor. El precedente judicial. Marcial Pons. Madrid. 2002, p. 176.

26 ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Traduc. Genaro Carrió. Eudeba. Buenos Aires. 1963, p. 82.

27 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General. 14ava. edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1967, p. 80.

28 DIEZ-PICAZO, Luis María. La doctrina del precedente administrativo. En: Revista de la Administración Pública. Nº 98. Madrid. 1982, p.7.

29 ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. En: Revista de la Administración Pública. Nº 24. Madrid. 1957, p.78.

30 SAN MARTÍN CASTRO, César. La Jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República en el ámbito penal. En. Precedentes vinculantes en materia penal. Editorial Reforma, Lima, p. 11.

mayor prestigio, resuelvan casos de singular trascendencia o destaquen por la calidad de las resoluciones que emitan. Ello, empero, no quiere decir que las resoluciones expedidas por órganos distintos a la Corte Suprema no puedan ser seguidas y estimadas por los demás órganos de justicia. El legislador ha optado por concentrar la facultad de dictar criterios jurisprudenciales obligatorios en una sola instancia del Poder Judicial: las Salas Especializadas de la Corte Suprema, excluyendo contrario sensu a otros niveles y jerarquías. Cuando la ley se refiere a los precedentes vinculantes, no alude a otra condición que no sea el hecho que el precedente es obligatorio o de forzoso cumplimiento. La propia palabra vincular según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa atar o fundar algo en otra cosa.

5. Precedentes vinculantes en materia penal conforme al artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales de 1940

5.1. El artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales de 1940 –en adelante CPP de 1940–, incorporado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 959 (17/08/2004), contiene dos supuestos de resoluciones que tienen la calidad de precedente vinculante:

a. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema cuando así lo expresen, precisando el extremo de su efecto normativo (inciso 1°).

b. Las sentencias plenarias adoptadas por mayoría absoluta del pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema cuando se advierte criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma entre las salas o sus integrantes (inciso 2°).

5.2. Nótese que la ley no alude de manera genérica a una resolución judicial o a cualquier documento judicial, sino a una resolución específica que es la sentencia. La sentencia es el acto más significativo y concluyente de la jurisdicción que fija la voluntad de la ley³¹. Supone el acto regular por medio del cual termina o finaliza el procedimiento penal³². La sentencia es la forma que asume la decisión cuando el juez agota su jurisdicción según su competencia funcional³³. La sentencia penal, cualquiera sea su naturaleza, se caracteriza por resolver un caso, o un supuesto de hecho, en el que se le imputa un delito a una persona. El fundamento fáctico constituye un elemento inescindible de la sentencia³⁴. En un sentido amplio, es posible entender por sentencia toda resolución judicial que expida la Corte Suprema en última instancia de manera definitiva. Con ello, no solo tendrían cabida las sentencias en sentido estricto, sino las resoluciones judiciales que se expresen a través de autos o las decisiones interlocutorias. Al parecer la Corte Suprema para la determinación de los precedentes vinculantes, se ha decantado por entender el término sentencias en su concepción amplia, esto es, tanto las sentencias –propriadamente dichas– como los autos, en tanto sean definitivos; ello en congruencia sistemática con la alusión amplia al término ejecutorias empleado por el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ–, para referirse a aquellas resoluciones expedidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales. Entiéndase “cumplimiento” como el deber de los jueces de invocar expresamente en sus resoluciones la ratio decidendi del precedente vinculante y por supuesto aplicarlo en la solución jurisdiccional del caso sometido a su competencia, por supuesto una vez comprobada la similitud sustancial entre ambos.

5.3. La Sala Penal de la Corte Suprema conforme al artículo 292° del Código de Procedimientos Penales de 1940, dicta sentencias cuando resuelve el recurso de nulidad interpuesto contra las sentencias en los procesos ordinarios (inciso a). De otro lado, el Tribunal Supremo dicta autos cuando resuelve el recurso de nulidad interpuesto contra los autos expedidos por la Sala Penal Superior en los procesos ordinarios que, en primera instancia, revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la pena de multa o las penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres (inciso b); los autos definitivos dictados por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia (inciso c); y; los autos emitidos por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, se pronuncian sobre la refundición de penas o la sustitución de la pena por retroactividad benigna, o que limiten el derecho fundamental a la libertad personal (inciso d).

5.4. La Sala Penal de la Corte Suprema –en algunos casos la Sala Permanente y en otros las Salas Transitorias–, bajo las reglas procesales del artículo 301-A del CPP de 1940, a través de resoluciones expedidas en

31 MANZINI, Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Ejea. Buenos Aires. 1951. Tomo II, p. 24.

32 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Grijley, Lima, 2003, p. 721.

33 MANZINI, Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Ejea. Buenos Aires. 1951. Tomo IV, p. 473.

34 CASTILLO ALVA, José Luis. Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema. Grijley. Lima. 2008, p. 45.

recursos de nulidad, consultas, quejas y contiendas de competencia, ha dictado treinta y cuatro (34) precedentes vinculantes de obligatorio cumplimiento para toda la judicatura nacional, como son los siguientes: Competencia N° 18-2004 del 17/11/04; Consulta N° 126-2004-Lima del 20/12/2004; Queja 1678-2006-Lima del 13/04/2007; R.N. N° 367-2004-Santa del 23/02/2005; R.N. N° 1062-2004-Lima del 31/12/2004; R.N. N° 1091-2004-Lima del 22/03/2005; R.N. N° 1628-2004-Ica del 21/05/2005; R.N. N° 1766-2004-Callao del 21/09/2004; R.N. N° 2212-2004-Lambayeque del 13/01/2006; R.N. N° 3044-2004-Lima del 01/12/2004; R.N. N° 3048-2004-Lima del 21/12/2004; R.N. N° 3332-2004-Junín del 27/05/2005; R.N. N° 3932-2004-Amazonas del 13/05/2005; R.N. N° 4052-2004-Ayacucho del 19/02/2005; R.N. N° 104-2005-Ayacucho del 16/03/2005; R.N. N° 216-2005-Huánuco del 14/04/2005; R.N. N° 224-2005-Sullana del 21/04/2005; R.N. N° 352-2005-Callao del 16/03/2005; R.N. N° 798-2005-Ica del 22/08/2005; R.N. N° 948-2005-Junín del 07/06/2005; R.N. N° 1004-2005-Huancavelica del 25/05/2005; R.N. N° 1450-2005-Lima del 31/08/2005; R.N. N° 1538-2005-Lima del 20/06/2005; R.N. N° 1912-2005-Piura del 06/09/2005; R.N. N° 2090-2005-Lambayeque del 07/07/2006; R.N. N° 2206-2005-Ayacucho del 12/07/2005; R.N. N° 2448-2005-Lima del 12/09/2005; R.N. N° 2476-2005-Lambayeque del 20/04/2006; R.N. N° 4500-2005-JUNÍN del 06/09/2007; R.N. N° 496-2006-Arequipa del 16/07/2006; R.N. N° 1500-2006-Piura del 17/07/2006; R.N. N° 1768-2006-Loreto del 12/07/2006; R.N. N° 1920-2006-Piura del 08/08/2006; R.N. N° 2860-2006-Ancash del 13/10/2006³⁵. Recientemente, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha dictado el R.N. N° 4216-2009-Lima del 25/04/2011 como último precedente vinculante.

5.5. La Sala Plena de la Corte Suprema ha expedido a la fecha dos sentencias plenarias en atención a la facultad conferida por el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, como son la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A del 30/09/2005 sobre el momento de la consumación en el robo agravado y la Sentencia Plenaria N° 2-2005/DJ-301-A del 30/09/2005 sobre sustitución de penas por retroactividad benigna - aplicación de la Ley N° 28002³⁶, los cuales evidentemente son de obligatorio cumplimiento por los jueces de todas las instancias.

6. Precedentes vinculantes en materia penal conforme al artículo 433.3° del Código Procesal Penal del 2004

6.1. El artículo 433.3° del Código Procesal Penal del 2004 –en adelante CPP del 2004–, contiene dos supuestos de resoluciones que tienen la calidad de precedente vinculante:

- a. Las resoluciones casatorias de la Sala Penal de la Corte Suprema cuando así lo expresen, precisando el extremo de su efecto normativo (inciso 1°).
- b. Las sentencias plenarias casatorias adoptadas por mayoría absoluta del pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema cuando se advierte criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma entre las salas o sus integrantes (inciso 2°).

6.2. El recurso de casación se encuentra previsto constitucionalmente en el artículo 141° de la Constitución y en el artículo 427° y siguientes del CPP del 2004. Se trata de un recurso devolutivo, extraordinario y de rigor formal, que sólo es posible postular bajo motivos tasados y respecto de resoluciones que ponen fin a la instancia y que tiene una finalidad defensora del ius constituciones, del ordenamiento jurídico³⁷, por lo que, constituye un juicio sobre el juicio, a decir de la doctrina más autorizada, es el juicio técnico de impugnación valorativo, preciso en orden a examinar determinado tipo de resoluciones dictadas por el tribunal superior, con vicios relativos al juzgamiento (casación por infracción a la ley) o al procedimiento (casación por quebrantamiento de forma), vale decir, violación de la ley penal sustantiva o violación de la ley procesal, a fin de que se anulen (“casen”, de “casser”, romper en francés) dichas resoluciones (en general, sentencias definitivas)³⁸. Son dos los fines primordiales de la casación: la revisión o control de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales³⁹, esto último desde la perspectiva del principio de igualdad.

6.3. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación,

³⁵ Ver: Precedentes vinculantes, sentencias casatorias y ejecutorias relevantes en materia penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima, diciembre-2008, pp. vii-x.

³⁶ Ver: Precedentes vinculantes, sentencias casatorias y ejecutorias relevantes en materia penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ob cit., p. u.

³⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Grijley. Lima.2003, p. 992.

³⁸ CÁCERES JULCA, Roberto E. Los medios impugnatorios en el proceso penal. Jurista Editores. Lima. 2001, p. 260.

³⁹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGÓNEZ MARTÍNEZ, Sara; MUERZA ESPARZA, Julio y TOME GARCÍA, José Antonio. Derecho Procesal Penal. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Quinta edición. Madrid. 2002, 570.

reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores (artículo 427.1° del CPP del 2004). La procedencia del recurso de casación está sujeta a las siguientes limitaciones: a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años; b) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años; c) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación (artículo 427.2°). Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente (artículo 427.3°). Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial (artículo 427.4°).

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema como órgano jurisdiccional exclusivo para conocer el recurso de casación, bajo las reglas procesales del artículo 433.3° del CPP, con exclusión de las Salas Penales Transitorias, hasta la fecha solo ha dictado un precedente vinculante de obligatorio cumplimiento para toda la judicatura, contenido en la Casación N° 54-2009-La Libertad del 20/07/2010 sobre la improcedencia de la caducidad a la presentación tardía del requerimiento acusatorio. En el punto II del fallo de la casación se consignó textualmente como doctrina jurisprudencial vinculante lo dispuesto en los fundamentos jurídicos 9° y 10° de la presente Ejecutoria Suprema, debiéndose publicar en el Diario Oficial El Peruano. Por otro lado, no se ha emitido a la fecha ninguna sentencia plenaria casatoria por todos los integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema.

6.5. La casación al igual que los precedentes vinculantes tiene como fin lograr la uniformización de la jurisprudencia nacional, esto es, que las decisiones judiciales, al organizarse alrededor de pautas que la Corte Suprema da como cabeza del Poder Judicial, encuentre organicidad y unicidad, la que a su vez debe producir varios efectos secundarios asociados a la previsibilidad de solución de los conflictos jurídico-penales potenciales o reales, como permitir que no se inicien procesos que de antemano se advierte que no van a tener acogida en los órganos jurisdiccionales. Si mientras se sigue un proceso, se expide un precedente supremo en otro proceso con elementos idénticos, se podrá alegar a favor de aquel el criterio desarrollado por la Corte Suprema para su aplicación inmediata en la solución del caso por los jueces.

7. Acuerdos Plenarios (No jurisdiccionales)

7.1. El artículo 116° de la LOPJ prescribe que: “Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”. De la lectura de la norma anotada se tiene que los plenos jurisdiccionales pueden ser realizados por las Salas Especializadas de la Corte Suprema o las Salas Especializadas de las Cortes Superiores, con la finalidad de concordar la jurisprudencia de su especialidad (para nuestro caso la especialidad penal); empero, concordar no significa sistematizar la jurisprudencia dispersa, sino más bien tomar acuerdos, por mayoría o minoría, y generar consensos en determinados temas jurídicos que por su importancia deben ser debatidos y analizados por los jueces supremos o superiores convocados. Los plenos pueden tener un alcance geográfico nacional, regional o distrital. Los plenos son convocados oficialmente por un órgano de apoyo del Poder Judicial, para el caso de los plenos nacionales o regionales la convocatoria la realiza el Centro de Investigaciones Judiciales, mientras que para los plenos distritales la realiza la Unidad Académica Judicial de cada Corte de Justicia, se entiende en ambos casos con la autorización de los respectivos órganos de gobierno (Consejo Ejecutivo).

7.2. Los acuerdos plenarios -con prescindencia de la jerarquía funcional de los jueces (supremos, superiores o especializados) convocados-, a diferencia de los precedentes vinculantes o las sentencias plenarios, no ejercen y desarrollan fuerza vinculante alguna para la judicatura nacional, es decir, no pueden ser utilizados para plantear la aplicación obligatoria de una determinada decisión. En todo caso, por medio de los acuerdos plenarios se puede exhortar, formal o materialmente, a las salas penales de la Corte Suprema que adopten a futuro un precedente vinculante (vía recurso de nulidad o de casación) o una sentencia plenaria, a fin de que su cumplimiento se vuelva exigible desde el punto de vista normativo⁴⁰. En esta línea, los plenos se llevan a cabo cuando en la discusión sobre la posibilidad de aplicar el artículo 22° de la LOPJ se advierte que debe reforzarse o profundizarse el ámbito jurídico de una institución implicada en el recurso de nulidad o de casación en ciernes”⁴¹.

40 CASTILLO ALVA, José Luis. Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema. Ob. Cit., 55.

41 SAN MARTIN CASTRO, César. Precedentes vinculantes, sentencias casatorias y ejecutorias relevantes en materia penal de la Corte Suprema de Justicia de la

7.3. El artículo 22° de la LOPJ prescribe que “Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “EL Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento”. La norma utiliza el término “ejecutoria” que puede pacíficamente identificarse con “la resolución firme que ha pasado a la autoridad de cosa juzgada y puede ejecutarse en todos sus puntos”⁴²; ergo, serán ejecutorias, aquellas resoluciones (sentencia o autos) expedidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema a través de la interposición de los recursos legales pertinentes (en materia penal: nulidad, competencia, queja, casación, etc.), que resuelven un caso particular en última instancia y con la calidad de cosa juzgada, precisando expresamente en su fallo la ratio decidendi que tendrá la significación de un principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales, debiendo para tal efecto cumplirse con el rito de ser publicadas en el Diario Oficial EL Peruano.

7.4. El artículo 116° de la LOPJ que reconoce la realización de plenos jurisdiccionales, guarda una sustancial diferencia respecto al artículo 22° de la LOPJ o a la misma regulación del artículo 301-A del CPP de 1940 o del artículo 433.3° del CPP del 2004, las cuales si establecen de manera expresa y categórica, la posibilidad de fijar precedentes o principios jurisprudenciales de manera obligatoria y que llaman al conjunto de magistrados a la obligación de respetarlos⁴³ a través de las ejecutorias supremas vinculantes o sentencias plenarias. Por tanto, constituye una técnica inadecuada de uniformización jurisprudencial, que la Corte Suprema en un acuerdo plenario establezca que: “Los jueces y salas penales superiores deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos”⁴⁴; o que “Los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedentes vinculantes para los magistrados de todas las instancias judiciales”⁴⁵; o que “Dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes”⁴⁶; o últimamente con mayor énfasis que “Los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales”⁴⁷. Todas estas frases suponen otorgar a un acuerdo plenario fuerza de vinculación que en realidad no posee y que la ley no le concede. Los acuerdos plenarios no pueden disponer contra la voluntad del artículo 116° de la LOPJ, que claramente no ha establecido ninguna obligación para los jueces de invocar y aplicar en sus fallos, las interpretaciones normativas que en abstracto han sido adoptadas en un pleno que no tiene naturaleza jurisdiccional por no derivar de la solución a un caso concreto y real, de ahí que su denominación más apropiada sea la de plenos no jurisdiccionales.

7.5. Los plenos jurisdiccionales que se hayan regulados en el artículo 116° de la LOPJ, sin duda constituyen un espacio positivo de discusión de los magistrados de diferentes especialidades, donde se busca estudiar y debatir acerca de los temas jurídicos que generan controversia en las decisiones dictadas en los diversos distritos judiciales del país, procurando por medio del consenso lograr uniformizar criterios jurisprudenciales mediante las conclusiones plenarias, además de lograr la capacitación de los magistrados; pero ello no puede llevar a interpretar contra legem que los acuerdos así adoptados tengan la calidad de vinculantes para todos los jueces, participantes o no del pleno. Los plenos jurisdiccionales no tienen efecto de ley, ni de sentencia, por tanto no tienen efecto normativo alguno, pero si constituyen fuente indirecta para el juez en la interpretación de la ley⁴⁸. El propio Presidente del Poder Judicial (periodo 2007-2008) precisó que: “Uno de los grandes ejes de esta gestión se ha enfocado en el tema de la predictibilidad de las resoluciones judiciales, teniendo como instrumento, entre otros, la realización de los Plenos Jurisdiccionales (...) a efectos de uniformizar criterios y establecer tendencias. No obstante carecer de efecto vinculante y ser meramente de índole ilustrativo vienen desarrollando un importante rol en su cometido”⁴⁹.

7.6. El valor de los acuerdos plenarios es sólo persuasivo y representa una recomendación a los magistrados para que puedan resolver las causas según los puntos resolutivos adoptados de manera unánime o por mayoría. No se trata de sentencias judiciales ni de autos porque no resuelven un caso judicial o un asunto sometido a controversia, ni tampoco supone el ejercicio de la jurisdicción. En rigor el pleno no es más que una reunión oficial de magistrados con fines académicos en la que se discuten cuestiones penales y procesales controvertidas, pero que no tienen sus acuerdos el valor de jurisprudencia al no ejercer ninguno de ellos

República. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima, diciembre-2008, p. xuii

42 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Editorial Heliasta. 27ava. edición. Argentina, 2006, p. 389.

43 CASTILLO ALVA, José Luis. Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema. Ob. Cit., p. 55.

44 Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116; Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116; Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116; Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116.

45 Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116.

46 Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116; Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116.

47 Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116; Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116; Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116; Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116; Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116.

48 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Grijley, Lima, 2006, p. 146.

49 TAVARA CORDOVA, Francisco Artemio. Precedentes vinculantes, sentencias casatorias y ejecutorias relevantes en materia penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ob. Cit., p. xii.

en ese momento función jurisdiccional, entendido en su acepción elemental de resolver un conflicto jurídico penal real con “personas de carne y hueso”, aplicando el derecho al hecho punible, como instancia máxima y definitiva vía la interposición de los recursos legales que permitan su conocimiento y decisión. De ahí que insistamos en que lo más adecuado sea la denominación utilizada en la legislación española de acuerdos no jurisdiccionales⁵⁰. La fuerza persuasiva de los acuerdos plenarios depende del nivel argumentativo o las razones que se registren y expongan, no tanto de las decisiones o puntos conclusivos que se adopten sobre una determinada materia.

7.7. La única fuente del derecho admitida es la jurisprudencia y no la discusión, los debates o los acuerdos a los que pueden arribar los magistrados del Poder Judicial en reuniones o actividades académicas desarrolladas oficialmente por la propia institución, pero que se encuentran totalmente al margen de la actividad jurisdiccional de los jueces convocados. Lo contrario vale tanto como interpretar que Las argumentaciones jurídicas contenidas en los proyectos de ley o en los diarios de debates del Congreso de la República, tienen la misma fuerza normativa que la propia ley aprobada, promulgada y publicada a la cual han servido como antecedente. La jurisprudencia está formada por la actividad judicial que se expresa a través de sentencias o autos, estas decisiones interpretan y aplican la ley de manera obligatoria, en la medida en que se juzga y se hace ejecutar lo juzgado⁵¹. La función esencial que comparten las Salas Penales de la Corte Suprema es producir doctrina jurisprudencial, sobre todo cuando se constata la concurrencia de tendencias discrepantes en la interpretación y aplicación de la ley penal⁵², pero ésta sólo puede ejercerse a través de los recursos legalmente previstos en la ley⁵³, de tal manera que no es posible generar una obligación de cumplimiento de un acuerdo plenario, cuyo origen nada tiene que ver con la interposición de los medios impugnatorios⁵⁴, sino más bien como actos preparatorios de la jurisprudencia que se gestará a posteriori a partir del ejercicio de la jurisdicción en casos penales reales.

7.8. Los acuerdos plenarios no constituyen normas jurídicas de carácter general ni individual, por lo que no pueden ser invocadas como precedentes vinculantes, ni sentar argumentos revestidos de fuerza aplicativa. La existencia o no de precedentes y si estos son o no vinculantes, depende de si estamos ante una decisión jurisdiccional o sólo ante una opinión no jurisdiccional. Lo único que puede obligar son las resoluciones judiciales y no los acuerdos de los magistrados por más ilustres que sean o revistan solo la “forma” y “apariencia” de resoluciones, cuando en realidad no lo son. Si la Corte Suprema quiere consagrar unos determinados principios jurisprudenciales o establecer una doctrina legal obligatoria, la técnica normativa adecuada y prevista por ley es la expedición de resoluciones judiciales que expresamente tengan la calidad de precedentes vinculantes. De igual manera, si quiere consagrar una determinada doctrina legal o una jurisprudencia consolidada, puede partir de los acuerdos plenarios, pero no puede convertir a los acuerdos en jurisprudencia ni concederles un valor vinculante que no lo tienen. Los acuerdos plenarios no poseen la facultad, el rango o la capacidad legal de fijar precedentes vinculantes de cumplimiento obligatorio por los órganos de justicia del Perú⁵⁵. Los jueces no deben sumisión ni obediencia a lo acordado en reuniones o acuerdos no jurisdiccionales⁵⁶, sino solamente a la Constitución y a la ley.

7.9. Los acuerdos plenarios deben cumplir un papel de orientación y persuasión para la magistratura (artículo 116° de la LOPJ), pero dicho papel no puede desnaturalizarse en una facultad de fijar precedentes vinculantes que la ley no ha establecido y que su regulación expresa no prescribe. Su papel, siendo importante, es de mucho menor nivel que la fijación de los principios jurisprudenciales (artículo 22° de la LOPJ) y de los precedentes vinculantes (artículo 301-A del CPP de 1940 y artículo 433.3° del CPP del 2004). Los acuerdos plenarios no tienen la calidad jurídica de jurisprudencia, ni tampoco tienen la fuerza vinculante, que si le corresponde a determinadas resoluciones de la Sala Penal de la Corte Suprema, en tanto puedan satisfacer los requisitos de fondo (sean sentencias o autos con la calidad de cosa juzgada y fijen doctrina o principios jurisprudenciales) y forma (expresen su calidad de precedente vinculante y sean publicado en el diario oficial El Peruano) previstos en las normas antes anotadas, para ser de obligatorio cumplimiento a la judicatura.

7.10. Los acuerdos plenarios en rigor constituyen doctrina, también llamado derecho científico, o sea un

50 MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli. ¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N° 10-02 (2008), p. 7 (<http://criminet.ugr.es>).

51 MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli. ¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?. Ob. Cit., p. 3.

52 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Sobre la función y aportes de la jurisprudencia y de los acuerdos plenarios vinculantes en materia penal. En: Precedentes vinculantes, sentencias casatorias y ejecutorias relevantes en materia penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ob. Cit., p. xxxiii.

53 RIVERO ORTEGA, Ricardo. Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: Reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho. En: Revista de Administración Pública N° 157. Madrid. 2002, p. 99. BENLLOCH PETIT, Guillermo. ¿Prevarica el juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2001 (caso Santiago Raposo). En: Anuario de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2005, p. 231.

54 CASTILLO ALVA, José Luis. Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema. Ob. Cit., p. 57-58.

55 Idem.

56 MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli. ¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?. Ob. Cit., p. 5.

conjunto de juicios, pensamientos e interpretaciones que los juristas –en este caso magistrados de la Corte Suprema– realizan sobre determinados puntos del derecho –para nosotros en temas del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal–. Su punto de referencia está conformado por las ideas expuestas por otros juristas, las legislaciones (ya sean nacionales o extranjeras) y la jurisprudencia. Las elaboraciones doctrinales constituyen elementos básicos, tanto para el legislador como para el juez, ya que son los doctrinarios los que, con sus postulados y trabajos científicos, logran conocimientos jurídicos más elaborados y actualizados⁵⁷. La doctrina es una fuente del Derecho⁵⁸ que sirve para respaldar, ilustrar, aclarar o precisar los fundamentos jurídicos que respaldarán los fallos que se sustentan en la Constitución, en las normas aplicables al caso y en la jurisprudencia⁵⁹. Los acuerdos plenarios son doctrina con un especial plus de persuasión para los jueces en la solución de un caso penal, dado que de adherirse a la interpretación normativa adoptada en un pleno –se entiende porque así los exige la justicia al caso concreto–, significará que de llegar el proceso vía recurso de casación a la Corte Suprema, habrá una enorme expectativa de validación de la decisión del juez a quo.

8. Independencia judicial versus precedentes vinculantes y acuerdos plenarios

8.1. El artículo 146.1º de la Constitución prescribe como garantía del principio de independencia judicial, que los magistrados “sólo están sometidos a la Constitución y a la ley”. Ni los precedentes vinculantes ni las ejecutorias supremas que sientan principios jurisprudenciales pueden estar en el mismo rango que la Constitución y la ley. No hay paridad valorativa. El hecho que el artículo 301-A del CPP de 1940 y el artículo 433.3º del CPP del 2004 regulen los precedentes vinculantes y el artículo 22º de la LOPJ determine la configuración obligatoria de los principios jurisprudenciales, no implica que dichas técnicas normativas ocupen y posean una identidad valorativa y una misma fuerza que la ley que las recoge. No se trata de precedentes con valor de ley; tanto así, que el Tribunal Constitucional ubica a la jurisprudencia dentro de las fuentes normativas con rango distinto a la ley⁶⁰.

8.2. Los precedentes como forma especial de jurisprudencia, lo que fija, son pautas interpretativas cualificadas y de indiscutible fuerza argumentacional que deben ser observadas por parte de los tribunales de justicia, mientras no exista una mejor razón que justifique su inaplicación o su desvinculación al caso concreto. La existencia de precedentes vinculantes no extingue ni quita a los magistrados la posibilidad de apreciar con libertad un caso ni genera prohibición de no contradecir la jurisprudencia de la Corte Suprema⁶¹, ello porque la vinculación de los jueces es exclusivamente a la Constitución y a las leyes, tanto así, que las mismas normas que le reconocen la obligatoriedad de la aplicación de los precedentes vinculantes, a la par también le ha reconocido a los jueces la posibilidad de desvincularse o apartarse de los mismos mediante una fundamentación especial y reforzada que la justifique de cara a encontrar la solución más justa al caso concreto. Incluso es posible utilizar un argumento ab maioris ad minus (“quien puede lo más puede lo menos”), para concluir que si el artículo 138º de la Constitución autoriza al juez inaplicar una ley que sea incompatible con la Constitución (control difuso), y si está bastante claro que en el sistema de fuentes del derecho, la ley tiene mayor jerarquía que el precedente judicial vinculante, con mayor razón, el juez podrá lo menos que es desvincularse del precedente que contradice el contenido esencial de algún derecho fundamental vinculado al caso concreto. Demás esta aclarar que respecto a los acuerdos plenarios (no jurisdiccionales) el tema es más sencillo, pues al no haberles dotado la ley de fuerza vinculante, simplemente se inaplican, una vez constatada la discordancia entre la interpretación en abstracto de la norma sustantiva o procesal sugerida por el acuerdo, respecto de la interpretación en concreto realizada por el juez al ejercer jurisdicción en la solución del caso penal.

8.3. Los precedentes vinculantes, no por ser expedidos por la Corte Suprema, poseen una corrección o validez jurídica indiscutible que les hace inermes a las críticas e infalible en sus decisiones. Una cosa es que el precedente exista y sea vinculante y otra cosa muy distinta que sea correcto o que las razones que aporta desde el punto de vista constitucional o del ordenamiento jurídico sean las adecuadas y pertinentes. En pocas palabras, la configuración del precedente vinculante no puede llevar a afirmar ciegamente que estamos ante la mejor razón, la mejor solución o la respuesta más justa al problema que se responde. Precedente vinculante no es sinónimo de mejor respuesta jurídica o de solución justa. Las razones que se utilizan en el precedente como de obligatorio acatamiento, son escogidos dentro de un margen de posibles respuestas que no siempre coinciden con la elección de la mejor razón, la mejor solución o el mejor argumento. Los argumentos que

57 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Grijley, Lima, 2006, p. 154.

58 RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2005, p. 36.

59 STC N° 47-2004-AI/TC del 24/04/2004, caso Gobierno Regional de San Martín [FJ. 45].

60 Idem, FJ. 32.

61 CASTILLO ALVA, José Luis. Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema. Ob. Cit., pp. 61-63.

brindan los precedentes no pueden ser vistos como las únicas razones válidas o los argumentos indiscutibles, en donde fuera de ellos no exista razón o derecho posible ⁶².

8.4. Incluso desde el plano doctrinal o fáctico, es posible, que se conviertan en precedentes vinculantes o acuerdos plenarios, las interpretaciones que a la postre resulten ser contrarias al texto de la ley o de la Constitución o que se elija la interpretación más desfavorable para el desarrollo de los derechos fundamentales, entre otras variables hermenéuticas que las favorecen y promueven de una mejor manera en el ejercicio concreto de la jurisdicción, dadas las particularidades del caso sometido a conocimiento del juez. Por tanto, aquellos precedentes (con mayor razón los acuerdos plenarios) que puedan devenir en ilegales ⁶³, inconstitucionales ⁶⁴ o simplemente incompatibles con la solución justa al caso ⁶⁵, deben ser inaplicados por los jueces en ejercicio legítimo de la garantía a la independencia judicial, señalando las mejores razones que le sirven de sustento.

8.5. El artículo 301-A del CPP de 1940 y el artículo 433.3° del CPP del 2004 deben ser interpretados sistemáticamente con el artículo 22° de la LOPJ que establece que los principios jurisprudenciales así establecidos por la Corte Suprema, y que también es aplicable a los precedentes vinculantes: "Deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento". Esto significa que los precedentes no solo deben ser utilizados materialmente en la solución de una controversia jurídica; sino que formalmente deben quedar registrados en los considerados jurídicos su vinculación o desvinculación al caso concreto que de prueba del empleo que se haga de ellos. De otro lado, para los acuerdos plenarios -no jurisdiccionales- al calificar técnicamente en el sistema de fuentes normativas como doctrina -ciertamente cualificada por la investidura de sus autores-, resulta a criterio discrecional y razonado del juzgador su aplicación o inaplicación al caso, sin obligación de una motivación expresa de ella como si sucede en los precedentes vinculantes -aunque sería lo aconsejable-. Recuérdese que los acuerdos plenarios tienen sólo carácter ilustrativo y orientador a la labor jurisdiccional.

8.6. El artículo 139.5° de la Constitución establece como una garantía de la función jurisdiccional, la motivación de las resoluciones judiciales, por tanto, el juez queda obligado a desarrollar en su resolución, porque es aplicable o no un precedente vinculante, es decir, deberá explicarse que en el caso concreto corresponde aplicar los principios jurisprudenciales (ratio decidendi) sentados en el precedente. Los jueces no deben caer en el ocio o pereza de aplicar la argumentación por remisión, mediante la simple referencia al precedente vinculante para excusarse de su deber de motivar en forma expresa, clara y precisa las razones que lo persuadieron a subsumir aquella interpretación normativa brindada por el Tribunal Supremo en el supuesto de hecho del caso. Los jueces no deben caer en el error de entender que la existencia de los precedentes vinculantes libera de la necesidad de interpretar de manera adecuada el ordenamiento jurídico de cara a encontrar la solución más técnica y justa al específico caso sometido a su competencia.

8.7. La obligación de acatar y cumplir los precedentes vinculantes sin ninguna clase de matización, de modo inevitable, absoluto y sin excepción alguna, supondría un atentado contra la independencia judicial. El reconocimiento de la posibilidad de desvinculación es una manifestación de que el legislador quiere preservar un reducto y un núcleo indestructible de la independencia judicial. La disidencia o discrepancia del juez con un precedente vinculante de la Corte Suprema por razones objetivas del caso concreto sometido a su conocimiento, está reconocida en el artículo 146.1° de la Constitución cuando se garantiza a los magistrados su independencia y sujeción sólo a la Constitución y a la ley. Lo contrario, la no posibilidad de desvinculación consagraría un monocratismo judicial, el juez de ser antiguamente la "boca de ley" vendría a ser la "boca del precedente vinculante o peor aún "la boca del acuerdo plenario". Se incurriría en un lamentable y nocivo ultra positivismo legalista o ultra conservadurismo judicial; en donde sólo habría la posibilidad de que exista una interpretación posible de la norma y una única forma de resolver el caso en base a esa exclusiva inter-

⁶² Idem.

⁶³ El Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116 (16/11/2010), ha establecido que el fiscal conforme al artículo 336.4° del CPP del 2004 puede formular acusación directa sin formalizar la investigación preparatoria y que el agraviado puede constituirse en actor civil después de haberse formulado acusación, lo cual constituye una interpretación violatoria del texto expreso y claro de los artículos 101° y 349.2° aplicables al proceso penal común y por tanto a la acusación directa al no calificar ésta como un proceso especial.

⁶⁴ El Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 (16/11/2010), ha establecido que a través de la tutela de derechos no se puede cuestionar la disposición de formalización de investigación preparatoria; sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es uniforme en reconocer y proteger a través de las acciones de garantía como parte del derecho de defensa que la imputación penal sea expresa, clara y precisa como se interpreta del artículo 139°, incisos 5°, 14° y 15° de la Constitución; por lo que, creemos que nada obsta que a través de la audiencia de tutela, se pueda cuestionar las formalizaciones que contengan imputaciones ambiguas u oscuras con la finalidad que sean corregidas, además de estar contemplado tal supuesto en el propio artículo 71.2.a del CPP del 2004.

⁶⁵ El Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116 (13/09/2009), ha establecido que no procede incoar una terminación anticipada del proceso en la etapa intermedia, esto es, una vez que el fiscal ha formulado su acusación; sin embargo, al haber la Corte Suprema validado la práctica de la acusación directa (AP. N° 6-2010/CJ-116) sin formalización de investigación preparatoria, se tiene que la única posibilidad que tenían las partes de celebrar una terminación anticipada era precisamente en la etapa intermedia. La negativa de los jueces en permitir este criterio de oportunidad en la audiencia preliminar pese a su permisión por el artículo 350.1.e del CPP del 2004, está provocando que innumerables casos por delitos de bagatela sean trasladados innecesariamente a la etapa de juicio, aun cuando la parte acusadora y acusada manifiesten su acuerdo sobre las circunstancias del hecho punible, la tipificación, la pena y la reparación civil, vulnerándose los principios de celeridad y economía procesal, entre otros.

pretación oficial (precedentes vinculantes o acuerdos plenarios) elaborado e impuesto por un único órgano estatal (la Corte Suprema), desconociendo que una norma jurídica tiene más de un sentido posible y que la decisión del caso implica elegir una de las varias interpretaciones a las que se puede acceder, mediante la aplicación de los distintos métodos de interpretación reconocidos en la doctrina.

8.8. Para el Tribunal Constitucional, a través de los acuerdos plenarios, la Corte Suprema pretende imponer al juez penal no solo un criterio, sino que además le reduce su ámbito de acción al imponerle el sentido en que deben resolverse determinadas solicitudes vinculadas al ejercicio de sus atribuciones y competencias, lo cual excede no solo el contenido de la ley, sino también el de la Constitución. En principio, el juez penal debe actuar conforme a la Constitución y a la ley, de modo que su independencia y autonomía, consagrada en el artículo 139º, inciso 2), de la Constitución, no puede ser afectada ni de modo directo ni indirecto. De otro lado, los límites para su actuación están fijados en la ley penal sustantiva, por lo que no puede pretenderse que, a través un acuerdo plenario, se impongan límites a su actuación o se fijen parámetros que relativicen su función. El problema no es que la Corte Suprema de Justicia emita acuerdos plenarios o precedentes vinculantes; al contrario, ello es sumamente deseable, a efectos de afianzar la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento; el problema se presenta cuando se utiliza estos mecanismos para determinar cómo deben pronunciarse los jueces en determinados supuestos. En ese sentido, cabe señalar que la importancia de los precedentes vinculantes está en cómo integran el ordenamiento jurídico, complementándolo ante la existencia de los vacíos normativos que se presentan, pero en modo alguno pueden servir para determinar cómo se debe resolver en determinados supuestos. A través de estos mecanismos, se pueden fijar parámetros o pautas a tener en cuenta para analizar o resolver determinados casos, pero no para fijar cómo “debe” resolverse, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la República, afectando la independencia y autonomía de los magistrados penales. Es distinto que la instancia suprema, al no estar conforme con un pronunciamiento que revisa como parte de sus competencias, termine revocando el mismo o variando aspectos materiales del fallo (tipo de pena, duración de la sanción, etc.), a que proceda a imponer un criterio a efectos de resolver ciertos asuntos ⁶⁶.

8.9. La jerarquía judicial sólo puede revisar los fallos de los jueces inferiores a través de los medios de impugnación reconocidos ⁶⁷. El principio de independencia judicial prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que le de mérito a tal pronunciamiento. Las resoluciones recurridas por las partes autorizan a las instancias superiores corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso ⁶⁸. Entonces no se afecta la independencia judicial cuando al interior del proceso penal y mediante la utilización de los recursos impugnatorios previstos en la ley procesal, los jueces ad quem proceden a la anulación o revocación de una resolución expedida por el juez a quo al sentir de los fundamentos de hecho o de derecho invocados para resolver el caso en la medida que la revisión de las decisiones judiciales tiene sustento en la falibilidad judicial.

8.10. Las opiniones críticas o disidentes de los tribunales inferiores respecto al precedente vinculante del tribunal supremo, no debe verse como un ataque al principio de igualdad en la aplicación de la ley, toda vez que el control constitucional del respeto al principio de igualdad solo se predica de resoluciones de un mismo órgano judicial y no frente a un tratamiento distinto que pueden prodigar a un caso los diversos órganos jurisdiccionales ⁶⁹. Por el contrario la disidencia o desvinculación a los precedentes vinculantes, a la cual además se le exige una especial y reforzada justificación, debe verse como un elemento dinamizador de la jurisprudencia. Los cambios en la interpretación y aplicación de la ley, las mejoras sustanciales en el ordenamiento jurídico, no siempre se producen por la actividad de la Corte Suprema, sino que provienen de las instancias judiciales más cercanas a los problemas concretos y a la justicia material.

9. Responsabilidad de los jueces por la desvinculación a un precedente o acuerdo plenario

9.1. El artículo 301-A del CPP de 1940 y el artículo 433.3º del CPP del 2004 en concordancia con el artículo 22º de la LOPJ, establecen que los principios jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema con tal

⁶⁶ STC N° 6157-2008-HC del 17/09/2010, caso Abraham Jiménez Chocan [FJ. 4, 5, 9, 10].

⁶⁷ MARTINEZ ALARCON, María Luz. La independencia judicial. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2004, p. 182.

⁶⁸ STC N° 4-2006-PI (FJ. 16); STC N° 3-2005-PI (FJ. 113); STC N° 23-2003-PI (FJ. 31).

⁶⁹ STC N° 2593-2006-PHC/TC del 05/01/2009, caso Clever Inocencio Retis. Constituye un requisito para que se configure la exigencia del órgano jurisdiccional de aplicar el mismo criterio en dos casos similares derivado del principio de igualdad, que se trate del mismo juez, ya que en caso contrario se estaría atentando contra el principio de autonomía judicial, reconocido en el artículo 139º, inciso 2º de la Constitución. Como lo ha señalado este Tribunal Constitucional: “La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley” [FJ. 6].

calidad, en los recursos impugnatorios resueltos en última y definitiva instancia con la calidad de cosa juzgada, deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. Con ello no solo se declara la existencia normativa de los precedentes, sino que, además se impone su empleo obligatorio, o sea, deben ser citados en la motivación de la resolución judicial correspondiente, explicando las razones de su aplicación al caso concreto. No obstante lo expuesto, las normas antes anotadas, reconocen la posibilidad de que la Sala Suprema resuelva apartarse del precedente e incluso los demás órganos jurisdiccionales puedan por excepción también apartarse de los criterios obligatorios fijados en el precedente. Tal permisión de desvinculación no debe verse como una contradicción con la regulación e instauración del sistema de los precedentes vinculantes, sino más bien como el reconocimiento del peso relativo y de menor intensidad que tiene en relación a la ley, así como de la independencia que cada magistrado tiene en la solución y respuesta del caso concreto sometido a su conocimiento y al que debe resolver aplicando la Constitución y la ley (artículo 146.1º de la Constitución)

9.2. La desvinculación del precedente debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Debe ser excepcional. La regla es seguir el precedente, mientras no exista una causa jurídica que justifique o vuelva razonable el distanciamiento; b) Debe ser expresa. Ha de quedar establecido en la resolución cuales son las causas fácticas o jurídicas que sustentan dicho distanciamiento; y c) Debe tener una motivación reforzada. Para evitar la arbitrariedad y determinismo judicial. La discrepancia o desvinculación bajo los parámetros anotados permite no sólo mantener un diálogo alturado de raíces democráticas y el ejercicio dialéctico de la teoría de la argumentación jurídica, sino que facilita el desarrollo y avance de la jurisprudencia, la aplicación justa de la ley y la adaptación a las nuevas circunstancias. El juez no tiene ninguna obligación jurídica de respetar a toda costa la jurisprudencia suprema y de seguirla inexorablemente, no solo porque dichas obligaciones no están investidas de un aura de infalibilidad, sino por la misma dinámica del ordenamiento jurídico, la posibilidad de polisemia interpretativa y la particular valoración de los hechos y las pruebas⁷⁰. Entonces, el apartamiento del precedente en tanto cumpla con los presupuestos antes mencionados no solo debe ser permitida, sino promovida tanto por la justicia del caso como por la renovación constante que debe tener la jurisprudencia en su adaptación a la realidad siempre cambiante.

9.3. La inaplicación de los precedentes vinculantes entendida como la no incorporación de la interpretación normativa elaborada por la Corte Suprema para su aplicación obligatoria por los jueces en casos similares, puede darse en las siguientes situaciones: a) Aplicación tácita: El juez no invoca expresamente en su resolución la ratio decidendi del precedente vinculante pero su argumentación sobre el caso resulta coincidente con el mismo. Estamos ante un simple defecto de técnica argumentativa que no genera nulidad al interior del proceso ni responsabilidad funcional al exterior del proceso; b) Inaplicación tácita: El juez al igual que en la hipótesis que antecede, no invoca expresamente en su resolución la ratio decidendi del precedente vinculante y además su argumentación sobre el caso resulta contradictoria con el mismo. c) Aplicación expresa defectuosa: El juez cita el precedente vinculante en su resolución pero la interpreta erróneamente. Estamos nuevamente ante un vicio de motivación que genera nulidad de la resolución. d) Aplicación expresa contradictoria: El juez cita el precedente vinculante en su resolución pero la contradice total o parcialmente, desvinculándose del mismo sin elaborar la reforzada o especial motivación exigida para ello. En las tres últimas hipótesis, estamos ante un vicio de motivación que genera nulidad de la resolución debido a que el precedente constituye un material normativo de obligatorio cumplimiento. Las mismas hipótesis pueden darse cuando es la propia Corte Suprema la que inaplique en forma tácita o aplique en forma expresa pero defectuosa o contradictoria el precedente vinculante, en cuyo caso queda expedito los procesos constitucionales que correspondan por infracción grave al principio de igualdad y la seguridad jurídica.

9.4. No puede haber responsabilidad penal de los jueces por el delito de prevaricato previsto en el artículo 418º del Código Penal, por inaplicación o aplicación defectuosa de los precedentes vinculantes de la Corte Suprema. El prevaricato tiene lugar cuando el juez dicta resolución manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley. Lo que se pretende reservar es el principio de legalidad que se pretende proteger en atención a que conforme al artículo 2.24.d de la Constitución, nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible. En el prevaricato normativo la conducta reprochable al juez es la violación al texto expreso e inequívoco de la ley, no pudiendo extenderse tal protección normativa a la jurisprudencia o a

70 CASTILLO ALVA, José Luis. Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema. Ob. Cit., pp. 74-79.

los precedentes vinculantes, mucho menos a los acuerdos plenarios no jurisdiccionales y no vinculantes de la Corte Suprema, aplicando analogía in malam partem so pretexto de resguardar la seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

9.5. En resumen, la consecuencia de la inobservancia de los precedentes vinculantes en el proceso por el juez es la nulidad o la revocación de la resolución objeto de revisión salvo que se encuentre correctamente fundamentada y el caso concreto justifique o sustente dicha inaplicación. Amenazar con una sanción el no cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema, por más que se trate de un precedente vinculante (o de acuerdos plenarios no jurisdiccionales), supone interponer un serio obstáculo al desarrollo del derecho, la mejora de la jurisprudencia y la evolución del sistema jurídico⁷¹.

10. Análisis del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 –No Jurisdiccional- sobre la prescripción extintiva de la acción

10.1. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 expedido con fecha dieciséis de noviembre del dos mil diez por las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República –en adelante Acuerdo Plenario-, ha consignado que: “Los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales” [FJ. 35]; sin embargo, ha quedado suficientemente aclarado que los acuerdos plenarios no son jurisdiccionales y no tienen efecto vinculante, a diferencia de los precedentes vinculantes contenidos en las resoluciones expedidas por las Salas Especializadas Penales de la Corte Suprema, cuando asumen competencia funcional a través de la concesión de los recursos impugnatorios correspondientes, precisando expresamente los fundamentos jurídicos que tendrán la calidad de principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento por los jueces. El Acuerdo Plenario no califica como jurisprudencia pero sí como doctrina jurídica, por tanto sus fines son didácticos y persuasivos, pero no de invocación obligatoria para resolver un caso que coincida con el tema jurídico objeto de acuerdo. En este contexto normativo, corresponderá ahora analizar las implicancias jurídicas del artículo 339.1° del CPP del 2004, cuando afirma que: “La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal”. Para ello se utilizará los diversos métodos de interpretación admitidos pacíficamente en la doctrina, con la finalidad de arribar a una conclusión dotada de la mayor fuerza argumentativa, en relación a la aplicación de la prescripción en el nuevo proceso penal acusatorio con tendencia adversarial.

10.2. El método literal es “la puerta de entrada a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico basado en la escritura, es el decodificador elemental y necesario sobre lo que se escribió en la norma, por ello, se utiliza siempre, empero, ¿es el método de interpretación literal autosuficiente o más bien, necesita siempre de la complementariedad de otros? ⁷². El Tribunal Constitucional se pronuncia categóricamente por la insuficiencia del método literal en el ámbito constitucional. En materia de derechos fundamentales, el operador judicial no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que rara vez la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación. Requiere por el contrario de un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos, para después de ello, realizar una ponderación de bienes ⁷³.

10.3. El artículo 339.1° del CPP del 2004 al aplicar el término “suspensión” de la prescripción, necesariamente impone la utilización del método de interpretación sistemático con el resto del ordenamiento jurídico-penal que la regule con mayor precisión. Al respecto, el artículo 84° del Código Penal la regula del siguiente modo: “si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”. Se entiende entonces por suspensión de la acción penal, aquel detenimiento que experimenta la iniciación o la continuación del plazo legal para perseguir el delito, sin que el tiempo transcurrido con anterioridad a la presentación del impedimento pierda su eficacia cancelatoria parcial, ya que solamente queda en reserva para sumarse al tiempo prescriptivo que transcurra luego de la desaparición del obstáculo puesto por la misma ley a la pesquisa penal ⁷⁴. Si bien el Código Penal ha omitido pronunciarse en relación al valor que para el cómputo de la prescripción de la acción penal, tiene el tiempo que pasó antes de la suspensión, nada

71 BENLLOCH PETIT, Guillermo. ¿Prevarica el juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2001 (caso Santiago Raposo). En: Anuario de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2005, pp. 228-230.

72 RUBIO CORRÉA, Marcial. El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sexta reimpresión, Lima, 2006, pp. 264-265.

73 STC N° 2209-2002-AA/TC del 12/05/2003, caso Mario Antonio Urrullo ÁLuarez [FJ. 25]

74 ROY FREYRE, Luis. Causas de Extinción de la Acción Penal y la Pena. Grijley, Lima, 1998, pp. 83.

obsta integrar la omisión legislativa a través de la aplicación supletoria del artículo 1995° del Código Civil -como lo autoriza el artículo IX de su Título Preliminar-, en el sentido que: “desaparecida la causa de la suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente”.

10.4. El Ministerio Público y el Poder Judicial no pueden iniciar o continuar sus acciones en el proceso penal mientras no se supere el inconveniente colocado por la propia ley. Teniendo en cuenta que la prescripción es una causa política de extinción de la acción, en la que el Estado renuncia previamente por ley a su potestad de castigar, resulta paradójico e injusto que la ley pueda permitir la prescripción de una acción después de haberse opuesto a su ejercicio. No vemos inconveniente de ningún orden para admitir la alteración del curso de la prescripción, a título de suspensión, cuando la misma deriva de obstáculos legales; pero le negamos, en cambio, decididamente, cuando el impedimento para actuar proceda de situaciones de hecho, de cualquier naturaleza que fueren ⁷⁵. Es pacífico reconocer como “cuestiones que deben resolverse en otro procedimiento” para la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, las siguientes: a) La cuestión previa prevista en el artículo 4° del CPP del 2004; b) La cuestión prejudicial prevista en el artículo 5° del CPP del 2004; c) El antejuicio constitucional previsto en el artículo 99° de la Constitución, y d) El desafuero previsto en el artículo 93° de la Constitución. Como se advierte, la alusión del artículo 84° del Código Penal a “otro procedimiento”, inequívocamente está referido a una vía administrativa o judicial completamente distinta al propio proceso penal en el cual se está invocando la prescripción. Entiéndase por procedimiento, el modo de tramitar las actuaciones judiciales o administrativas; o sea, el conjunto de actos, diligencias y resoluciones que comprenden la iniciación, instrucción, desenuelamiento, fallo y ejecución en un expediente o proceso ⁷⁶.

10.5. El artículo 83° del Código Penal precisa que: “La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia. Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso. Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”. De otro lado, el artículo 84° del Código Penal establece que: “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”. Nótese la clara diferencia cualitativa y cuantitativa entre la interrupción con la suspensión de la prescripción.

10.6. La diferencia cualitativa está relacionada con la condición interna o externa de paralización del plazo de prescripción de la acción penal; mientras que para la interrupción aquello se produce con las actuaciones de las autoridades fiscales y judiciales competentes en el mismo proceso penal (condición intra proceso); en la suspensión, son autoridades distintas al fiscal o juez competentes en el caso, quienes en un procedimiento administrativo o judicial distinto, deberán pronunciarse sobre la satisfacción o no del requisito legal habilitante para la iniciación o prosecución del proceso penal (condición extra proceso). La diferencia cuantitativa está relacionada con el cómputo y la finalización del plazo de prescripción; en la interrupción producida la actuación fiscal o judicial en el proceso penal, queda sin efecto el tiempo transcurrido y comienza un nuevo plazo a partir de la última diligencia, la cual en todo caso finalizará cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción (prescripción extraordinaria); por el contrario en la suspensión, desaparecida la causa que la motiva, la prescripción reanudará su curso adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente, esto significa que la paralización durará lo que sea necesario para obtener el pronunciamiento en el procedimiento extrapenal que permita la reanudación del proceso penal, lo cual hipotéticamente podría incluso tener una duración mayor al plazo extraordinario de la prescripción.

10.7. No obstante la clara diferencia normativa entre la interrupción y la suspensión para efectos del cómputo del plazo de la prescripción extintiva de la acción penal, sólo para los casos tramitados bajo las reglas del actual proceso penal acusatorio adversarial, se ha producido una antinomia entre las hipótesis normativas del artículo 84° del Código Penal (aprobado por Decreto Legislativo N° 635) con el artículo 339.1° del CPP del 2004 (aprobado por Decreto Legislativo N° 957) ⁷⁷. Mientras la formalización de investigación preparatoria para la norma sustantiva es una causa de interrupción, para la norma adjetiva es una causa de suspensión. Más específicamente estamos ante una antinomia directa al tratarse de dos normas que expresa, inequívoca y claramente se contradicen, lo cual genera un conflicto necesario porque el cumpli-

⁷⁵ VERA BARROS, Oscar. N. La prescripción penal en el Código Penal. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1960, p. 109.

⁷⁶ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI. Editorial Heliasta. 27ava. edición. Argentina, 2006, pp. 433-434.

⁷⁷ Esta antinomia tiene lugar en la regulación de la prescripción en los diecisiete distritos judiciales en que se encuentra vigente totalmente el proceso penal común regulado por el CPP del 2004 para todos los delitos, pero para los otros catorce distritos judiciales en que continúa vigentes los procesos ordinarios y sumarios regulado por el CPP de 1940 no tiene lugar tal problema por no existir el acto procesal de disposición de formalización de investigación preparatoria aunque guarde bastante identidad con la formalización de denuncia, en ambos casos se trata de actos del Ministerio Público dirigidos al juez penal con el objetivo de aperturar o formalizar (judicializar) una investigación por un delito.

miento de una de las normas implica irremediablemente la violación de la otra. Ambas normas pertenecen a la especialidad penal, tienen la misma jerarquía normativa, pero son incompatibles entre sí, por tener el mismo ámbito de validez.

10.8. Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo; es decir, la acreditación de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto prescriben soluciones incompatibles entre sí, de forma tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas normas resulta imposible. Como puede colegirse, la coherencia se afecta por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan por la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí, se cautela la existencia de dos o más normas afectadas por el “síndrome de incompatibilidad” entre sí. La existencia de la antinomia se acredita en función de los tres presupuestos siguientes: a) Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan a un mismo ordenamiento; o que se encuentren adscritas a órdenes distintos, pero, sujetas a relaciones de coordinación o subordinación; b) Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material); c) Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, tengan homóloga equivalencia jerárquica.

Como expresión de lo expuesto puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con la misma jerarquía normativa son incompatibles entre sí, por tener el mismo ámbito de validez⁷⁸.

10.9. Para resolver la antinomia en el caso de autos, resulta aplicable el principio de favorabilidad reconocido en el artículo 103º de la Constitución, como una regla aplicable solo a materias de carácter penal, la misma que supone aplicar la norma que más favorezca al reo⁷⁹. Así mismo, el artículo VII.4º del Título Preliminar del CPP del 2004 reafirma tal principio cuando establece como regla para el operador jurídico que en caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo. De esta manera, la manifiesta contradicción entre las proposiciones normativas del artículo 84º del Código Penal con el artículo 339.1º del CPP del 2004 sobre la misma materia, nos conduce a preferir aquella norma que más favorezca al imputado en la comisión de un delito. Tratándose de la prescripción penal, la norma más beneficiosa está contenida en el Código Penal por adecuarse más a su naturaleza jurídica como una garantía del individuo ante la persecución penal estatal, que no puede prolongarse ad infinitum⁸⁰, además de favorecer dentro del marco de lo constitucionalmente posible, ciertos valores de rango constitucional, como la seguridad jurídica (Cfr. STC Nº 16-2002-PI, FF. JJ. 2 - 4), el derecho a la resocialización del individuo culpable y el derecho a no ser perseguido penalmente más allá de un plazo razonable⁸¹. Por el contrario, la suspensión de la prescripción prevista en el CPP del 2004 no solo vacía de contenido el derecho constitucionalmente protegido por la prescripción, sino que maximiza la persecución del Estado hasta la expedición de una sentencia firme (de absolución o condena), sin importar que la duración del proceso pueda exceder incluso el plazo legal de prescripción extraordinaria contenida en el artículo 83º, último párrafo del Código Penal, convirtiendo en la práctica cualquier delito en imprescriptible sin consideración alguna a la naturaleza o gravedad del mismo como acontece por ejemplo con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad⁸².

10.10. No se trata de un problema de interpretación entre los diversos sentidos posibles de una sola norma, sino en rigor de un problema de aplicación o si se quiere de elección entre una norma penal que entiende por suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal a la espera de un pronunciamiento externo en otro procedimiento, o, de otra norma procesal que el mismo supuesto lo conecta al pronunciamiento interno que se emita en el mismo proceso penal. Estamos ante una disyunción lógica excluyente, la aplicación de una norma supone automáticamente la inaplicación o exclusión de la otra norma. Para nuestro caso, la

78 STC Nº 47-2004-AI/TC del 24/04/2010, Caso Gobierno Regional San Martín [FJ. 52].

79 STC Nº 47-2004-AI/TC del 24/04/2010, caso Gobierno Regional San Martín [FJ. 54].

80 STC Nº 218-2009-PHC/TC del 11/11/2010, caso Roberto Contreras Matamoros [FJ. 13].

81 STC Nº 24-2010-PI/TC del 21/03/2011, caso Congresistas de la República [FJ. 57].

82 STC Nº 24-2010-PI/TC del 21/03/2011, caso Congresistas de la República, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad estableció que: La segunda parte del artículo 6.4º del Decreto Legislativo Nº 1097, establece que las reglas de prescripción de la acción penal, en los procesos penales seguidos contra militares y policías acusados de la comisión de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud previstos en el Código Penal de 1924 y el Código Penal de 1991, considerados como violaciones a los derechos humanos, así como por la comisión de delitos contra la humanidad previstos en el Código Penal de 1991, se rigen por “la ley penal aplicable a la fecha de ocurrencia de los hechos a investigar”. Por su parte, la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1097, establece lo siguiente: “Para efectos procesales, precisase que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por Resolución Legislativa Nº 27998, surte efectos y rige para el Perú a partir del 09 de noviembre de 2003, conforme a la declaración reafirmada por el Perú al momento de adherirse a la citada Convención, al Fundamento Nº 15 de la Resolución del Tribunal Constitucional del 23 de marzo de 2010 recaída en el Expediente Nº 18-2009-PI/TC, y a la declaración expresa contenida en la indicada Resolución Legislativa” [FJ. 42]. Estos dispositivos dan lugar a que sean aplicables las reglas de prescripción de la acción penal previstas en la normativa penal sustantiva (en especial, lo previsto en el artículo 119º del Código Penal de 1924 y en el artículo 80º del Código Penal de 1991), a los procesos seguidos contra militares y policías acusados de la comisión de los delitos a los que alude el artículo 2º del Decreto Legislativo, es decir, delitos de lesa humanidad [FJ. 43].

regulación de la suspensión del Código Penal es la más favorable al ciudadano y más inherente a la razón de la prescripción como garantía de limitación al ius puniendi que aquella contenida en el CPP del 2004. Sin embargo, para cierto sector de la doctrina estaríamos ante una combinación de leyes, por consiguiente, “no existe tal contradicción entre el Código Penal y el CPP del 2004, sino que el legislador con una técnica poco feliz ha introducido en ésta última una nueva causal de suspensión de la prescripción. Ambas normas deben ser interpretadas bajo una concepción unitaria del ordenamiento jurídico que procure una solución armónica”⁸³.

10.11. Es cierto que el principio de coherencia normativa aborda al Derecho como un sistema en que las diversas normas son consonantes entre sí y trabajan armónicamente; empero ello no obsta que en caso de no poderse encontrar un vínculo entere ellas o cuando son antagónicas, quien trabaja en el Derecho debe elegir una de las dos y desechar la otra⁸⁴. Claro está que por el principio de conservación de la ley, el operador debe tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica⁸⁵. El problema del criterio de combinación de la ley bajo la forma de agregar al Código Penal una nueva causal de suspensión creada por el CPP del 2004, además de constituir técnica legislativa infeliz como lo reconocen sus propios defensores, implica una seria afectación al principio de coherencia normativa que se pretende proteger con esta postura.

10.12. Las incongruencias normativas que pueden vislumbrarse de la aplicación de la suspensión del plazo de prescripción extraordinaria de la acción penal al formalizarse la investigación, como reza literalmente el artículo 339.1° del CPP del 2004, en comparación con el resto de normas del ordenamiento jurídico pueden resumirse de la siguiente manera:

a) El artículo 339.1° del CPP del 2004 tendría que derogar el artículo 80° del CP, por cuanto una vez ocurrida la suspensión del plazo de prescripción extraordinaria de la acción penal con la formalización de investigación, poco importa los diferentes límites temporales previstos en la norma sustantiva según la pena abstracta, si para todos los delitos en general el decurso prescriptorio estará suspendido indefinidamente hasta que se llegue a una sentencia firme.

b) El artículo 339.1° del CPP del 2004 restringiría los sentidos interpretativos del artículo 81° del CP, concretamente respecto a la reducción de la prescripción extraordinaria de la acción penal por razón de la edad del sujeto agente que tiene menos de veintiún o más de sesenta y cinco años de edad al tiempo de la comisión del hecho punible, ello porque una vez formalizada la investigación será intrascendente la verificación de las condiciones personales del sujeto agente puesto que inexorablemente el proceso deberá culminar con una sentencia.

c) El artículo 339.1° del CPP del 2004 tendría que derogar el artículo 83°, primer párrafo del CP, en cuanto a que la prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, esto porque el mismo supuesto normativo, no puede simultáneamente interrumpir y suspender el plazo de prescripción, generándose una afectación al principio de legalidad en su modalidad de expedirse leyes ciertas en sus determinaciones.

d) El artículo 339.1° del CPP del 2004 tendría que derogar el artículo 83°, último párrafo del CP, en cuanto a que la acción penal prescribe, en todo caso cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de la prescripción, ello porque la suspensión detendría ad infinitum el plazo de prescripción extraordinaria, subsistiendo el proceso penal lo que sea necesario para permitir la expedición de una sentencia que le ponga fin, prescindiendo de todo límite temporal.

e) El artículo 339.1° del CPP del 2004 tendría que derogar el artículo 84° del CP, al haber vaciado de contenido el concepto mismo de suspensión, vinculada a una cuestión que debe resolverse en otro procedimiento extrapenal, habiendo la norma procesal reconducido la paralización de la prescripción extraordinaria de la acción penal al acto procesal de formalización de investigación, manteniendo la vigencia del poder punitivo hasta hacerlo efectivo en la resolución judicial que ponga fin al proceso penal.

f) El artículo 339.1° del CPP del 2004 tendría que derogar el artículo 5.1° del CPP del 2004, por cuanto la

83 De esta opinión Raúl Pariona Arana. En: La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004” ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?. Gaceta Penal N° 23. Lima. Mayo-2011, pp. 221-231.

84 RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo editorial de la PUCP. Lima. 2005, pp. 111-112.

85 STC N° 10-2002-AI del 03/01/2003, caso Marcelino Tineo Silva [F. 35].

cuestión perjudicial se refiere a la necesidad de una declaración extrapenal vinculada al carácter delictuoso del hecho inculcado, la misma que ya no podría suspender el proceso, dado que la nueva regulación procesal precisa que tal efecto tiene lugar cuando el fiscal formaliza la investigación y finaliza cuando el juez dicta sentencia.

g) El artículo 339.1º del CPP del 2004 restringiría los sentidos interpretativos del artículo 41º, último párrafo de la Constitución, vulnerando el principio de igualdad ante la ley debido a que en la prescripción extraordinaria de la acción para los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado el plazo se duplica, sin embargo, para los demás delitos, se entiende menos graves en la configuración de la política criminal del constituyente, existiría una situación contradictoriamente peyorativa en la medida que la prescripción extraordinaria no sólo podría duplicarse sino que la persecución penal se extendería ad finitum al estar condicionada a la culminación del proceso penal con una resolución de mérito.

h) El artículo 339.1º del CPP del 2004 resultaría incongruente con el artículo 79.4º de la misma norma procesal, mientras para la primera la formalización como acto procesal postulatorio del proceso suspende los efectos de la prescripción; para la segunda los actos procesales posteriores a la formalización consistente en la declaratoria de contumacia o ausencia por el juez previo requerimiento fiscal, no suspende la investigación preparatoria ni la etapa intermedia respecto del contumaz o ausente.

10.13. La prescripción tiene un fundamento jurídico material y correlativamente, una naturaleza jurídica sustantiva o material. Esta naturaleza no obstaculiza que la prescripción tenga un sentido personal. La prescripción del delito es una causa personal de extinción de la responsabilidad criminal. En efecto, es posible que el delito se encuentre prescrito en relación con una persona, pero no con relación a otra. En suma, la prescripción es una causa que extingue la responsabilidad criminal y la posibilidad de ejercer la acción penal, sin perjuicio de que su naturaleza sea claramente de carácter material, por cuanto supone la extinción del ius puniendi del Estado⁸⁶. De ahí que como consecuencia de naturaleza material, nuestro Código Penal la haya regulado como una causa de extinción de la acción penal (artículos 78º a 84º) y como una causa de extinción de la ejecución de la pena (artículos 85º a 87º), estableciendo los elementos básicos y esenciales (efectos, plazos, cómputo, causas de interrupción o suspensión, etc.), para su aplicación en el proceso penal. En esta línea, el CPP del 2004 simplemente ha regulado el medio técnico para hacerla valer en el proceso penal a través de la excepción de prescripción regulada en el artículo 6.1.e.

10.14. Por lo expuesto, aplicando los métodos de interpretación sistemático y teleológico, así como a su naturaleza jurídica material, podemos concluir que la antinomia normativa producida por la infeliz redacción del artículo 339.1º del CPP del 2004, se soluciona con la aplicación del artículo 83º del CP, entendiéndose que la formalización de investigación constituye un supuesto de interrupción de prescripción de la acción penal por encuadrar dentro del supuesto de actuaciones del Ministerio Público, quedando incólume la proposición normativa del artículo 84º del CP en el sentido que la suspensión de la prescripción está restringido a aquellas cuestiones que deban resolverse en otro procedimiento (extra penal).

11. La prescripción en caso de contumaces y ausentes

11.1. El artículo 79º del CPP del 2004 establece que el juez declarará contumaz al imputado cuando: a) de lo actuado aparezca evidente que, no obstante tener conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales; b) fugue del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso; c) no obedezca, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión; y, d) se ausente, sin autorización del Fiscal o del Juez, del lugar de su residencia o del asignado para residir (inciso 1º). De otro lado, declarará ausente al imputado cuando se ignora su paradero y no aparezca de autos evidencia que estuviera conociendo del proceso (inciso 2º). Finalmente, se precisa que la declaración de contumacia o ausencia no suspende la Investigación Preparatoria ni la Etapa Intermedia respecto del contumaz o ausente. Esta declaración no altera el curso del proceso con respecto a los demás imputados (inciso 4º). Si la declaración de ausencia o contumacia se produce durante el juicio oral, el proceso debe archivar provisionalmente respecto de aquél. En todo caso, el contumaz o ausente puede ser absuelto pero no condenado (inciso 5º).

11.2. Como se advierte, la norma procesal anotada no le ha otorgado a la declaración judicial de contumacia o ausencia del imputado, la fuerza de interrumpir o suspender el plazo de prescripción de la acción penal. En el mismo sentido, los artículos 83º y 84º del Código Penal tampoco han considerado a los actos procesales de contumacia o ausencia del imputado como causas de interrupción o suspensión del plazo

86 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Civitas. España. 2010, pp. 1438-1444

de prescripción. Entonces, queda suficientemente claro que el legislador en el diseño actual de la política criminal estatal ha regulado las causales de suspensión e interrupción de la prescripción completamente al margen del comportamiento (positivo o negativo de sujeción) que tenga el imputado en el proceso penal por iniciarse o ya iniciado en su contra.

11.3. La prescripción se aplica a todos los casos y a todos los imputados al margen de su conducta procesal luego de verificado el mero transcurso del tiempo. En cambio, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas solo se aplica en la medida que el imputado no haya efectuado una defensa obstruccionista y según las circunstancias también se valora si el caso reviste complejidad objetiva. El fundamento de la prescripción en el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, en todo caso, representa un criterio de *lege ferenda* más que de *lege data*, en la medida que la ley penal vigente, cuando fija los plazos de la prescripción lo hace sobre criterios generales y abstractos y no sobre la actitud o el comportamiento procesal de los imputados en el sentido de si dilatan o no innecesariamente la duración del proceso. A la ley penal vigente a la hora de determinar la prescripción le da lo mismo que la persona despliegue un comportamiento procesal impecable en la tramitación del proceso o que asuma una conducta procesal completamente negativa⁸⁷.

11.4. En la configuración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas resulta esencial determinar las causas de la demora; de tal manera que si dicha causa se encuentra justificada objetivamente (complejidad del asunto) o tiene su origen en la conducta obstruccionista del procesado no se admitirá la violación de este derecho constitucional. En cambio, en la determinación de la prescripción resulta intrascendente y de nula relevancia la evaluación de las causas de la prescripción⁸⁸. Resumiendo, en la prescripción del delito, el cálculo de vencimiento de los plazos es básicamente matemático y no es necesario realizar un juicio de razonabilidad. La relación entre el instituto de la prescripción y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable es una conexión, en todo caso, relativa y limitada a los casos en que hay previamente un proceso o procedimiento abierto que no siempre alcanza una plenitud adecuada, debido a que puede haber prescripción sin que haya previamente una afectación al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (v.gr. el proceso se inicia estando muy avanzados los plazos de la prescripción) y porque puede haber violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, pero sin que concurra la prescripción del ejercicio de la acción penal⁸⁹.

11.5. El artículo 1° de la Ley N° 26641 (25/06/1996) en relación la situación de los contumaces en el proceso penal precisó que “el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptivos, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción”. La Ley N° 26641 es aplicable y de hecho viene siendo aplicada en aquellos casos tramitados bajo las reglas de los procesos penales no reformados, entendiéndose los procesos sumarios, ordinarios y especiales regulados al amparo del CPP de 1940 y normas conexas, la misma que ha sido motivo de interpretación por el Tribunal Constitucional, estableciendo parámetros objetivos de medición del plazo de prescripción para evitar mantener vigente la acción penal ad infinitum⁹⁰.

11.6. La Ley N° 26641 no resulta aplicable en los procesos penales reformados al sistema acusatorio con tendencia adversarial, entendiéndose bajo las reglas del CPP del 2004. El aparente conflicto temporal en la sucesión de normas sobre los efectos de la contumacia es resuelto fácilmente al aplicar los principios de pos-

87 CASTILLO ALVA, José Luis. La Prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. N° 1805-2005-PHC/TC. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana (Directora). Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Grijley, Lima, 2010, pp. 652-653.

88 Contrariamente a la clara diferenciación conceptual entre el derecho de ser juzgado sin dilaciones indebidas con la prescripción de la acción penal, la Sala Penal de Apelaciones de Huaura en la resolución de fecha 26/04/2011 Expediente N° 1028-2007-25, se apartó del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 y declaró fundada la excepción de prescripción al constatar que “la dilación en el trámite del proceso penal no era atribuible al imputado o su Abogado defensor; así como tampoco había existido una conducta obstruccionista por parte de dichos sujetos procesales, procediendo a inaplicar en el caso concreto el artículo 339.1° del CPP sobre la suspensión del plazo de la prescripción, porque hacerlo vulneraría el plazo razonable con que debe ser juzgada toda persona, puesto que además no se trata de un proceso complejo” [F. 4.10]. La ratio decidendi de la resolución anotada hace suponer en contrario sensu, que la Sala no habría amparado la excepción de prescripción, si hubiese advertido la existencia de conductas dilatorias atribuibles al imputado (o su defensa) o que se trataba de un proceso complejo, confundiendo a éstas como causas válidas de paralización (interrupción o suspensión) del plazo de prescripción, pese a que el Código Penal y el CPP del 2004 no las han regulado como tal.

89 CASTILLO ALVA, José Luis. La Prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. N° 1805-2005-PHC/TC. Ob. Cit., p. 654.

90 STC N° 4352-2009-PHC/TC del 18/03/2010 caso del menor W.L.D.C. sobre la suspensión de la prescripción cuando el imputado contumaz no se presenta a la lectura de sentencia se precisó que: “El artículo 1° de la Ley N° 26641 dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces. (...) la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la referida Ley N° 26641, en caso de mantener vigente la acción penal ad infinitum, resulta vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y, en tal sentido, inconstitucional su aplicación. Y es que la prosecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría, a todas luces, inconstitucional. El poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito [Cfr. Exp. N° 4959-2008-PHC/TC, Caso Benedicto Jiménez Baca] [F. 5]. Para determinar la razonabilidad del plazo del proceso, deben tenerse en cuenta criterios como: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) actuación de los órganos judiciales [los cuales originalmente estuvieron determinados a la evaluación de la razonabilidad del plazo de la detención] [F. 6]. Es la propia actitud del interesado (como consecuencia de su renuencia a presentarse ante el órgano judicial competente) la que ha dilatado hasta el momento la duración del proceso penal llevado en su contra, de lo que se desprende que no se ha vulnerado los derechos constitucionales alegados [F. 8].

terioridad, especificidad y favorabilidad⁹¹ en el sentido de privilegiar la regulación del CPP del 2004, más específicamente del artículo 79.4º que ha señalado claramente que la declaración de contumacia o ausencia no suspende la Investigación Preparatoria ni la Etapa Intermedia respecto del contumaz o ausente. Esta declaración no altera el curso del proceso con respecto a los demás imputados (inciso 4º). En tanto que si la declaración de ausencia o contumacia se produce durante el juicio oral, el proceso debe archiversse provisionalmente respecto de aquél. En todo caso, el contumaz o ausente puede ser absuelto pero no condenado (inciso 5º). Por tanto, la declaratoria judicial de contumacia en el actual proceso penal común no constituye una causa legal de suspensión o interrupción del plazo de prescripción de la acción penal, habiendo operado la derogación tácita del artículo 1º de la Ley 26641, conforme al artículo I del Título Preliminar del Código Civil, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior.

Por estas consideraciones, **SE RESUELVE**

III. PARTE RESOLUTIVA:

FUNDADA la solicitud de sobreseimiento por la causal del artículo 344.2.c del CPP del 2004 por haberse extinguido la acción penal e innecesario emitir pronunciamiento por la causal del artículo 344.2.d; en consecuencia, **SOBRESEASE** totalmente el proceso seguido contra el acusado Segundo Gumerindo González Polo (con DNI N° 45595214, de sexo masculino, nacido el 20 de octubre de 1988 en la localidad de Simbal, distrito de Laredo, provincia de Trujillo, departamento de La Libertad, hijo de José Ramiro González Jara y Santos Dora Polo Saona), por el presunto por el delito de lesiones leves, tipificado en el artículo 127º del Código Penal en agravio de Dennys Diego Guzmán Mendoza. **LEVANTESE** la medida de comparecencia simple dictada contra el acusado. **ANULENSE** los antecedentes judiciales y/o policiales derivados del presente proceso. **ARCHÍVESE DEFINITIVAMENTE** el expediente en el modo y forma de ley en la sección que corresponda. **NOTIFÍQUESE** a las partes. **INTERVIENIENDO** la asistente que suscribe por licencia de la titular y por disposición superior.

91 STC Exp. N° 47-2004-AI/TC del 24/04/2010, caso Gobierno Regional de San Martín desarrolla los siguientes principios para la resolución de las antinomias:
Principio de posterioridad: Esta regla dispone que una norma anterior en el tiempo queda derogada por la expedición de otra con fecha posterior. Ello presume que cuando dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la de ulterior vigencia en el tiempo. Dicho concepto se sustenta en el artículo 103º de la Constitución y en el artículo 1º del Título Preliminar del Código Civil.
Principio de especificidad: Esta regla dispone que un precepto de contenido especial prima sobre el de mero criterio general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima esta en su campo específico. Este criterio surge de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8) del artículo 139 de la Constitución y en el artículo 8º del Título Preliminar del Código Civil, que dan fuerza de ley a los principios generales del derecho en los casos de lagunas normativas.
Principio de favorabilidad: Es una regla solo aplicable a materias de carácter penal, y supone aplicar la norma que más favorezca al reo. Este criterio surge de lo dispuesto en el artículo 103º de la Constitución [FJ. 54].

ACUSACIÓN:**38****NULIDAD ABSOLUTA FRENTE A LA INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DEL AGRAVIADO**

"[...] Se advierte que el proceso se ha iniciado y realizado sin que se haya realizado notificación alguna al Estado, ni con la disposición de formalización de investigación ni con otras emitidas por el Ministerio Público, es más, no se le ha considerado parte en el proceso, lo que ha conllevado a que el Juggado en su oportunidad tampoco realice el emplazamiento respectivo, omisión que tiene incidencia directa en el derecho a la defensa que le asiste y que, en este caso se habría visto recortado en tanto que el Estado como tal no ha tenido la oportunidad de formular sus mecanismos de defensa que estimase convenientes en ejercicio de las facultades que la ley le concede".

"[...] En el presente caso se ha incurrido en causal de nulidad absoluta ... puesto que, es evidente que el Ministerio Público no ha comprendido en su formalización de investigación al Estado peruano – Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, como parte agraviada".

Base Legal: Const.: Art. 139.3°; NCPP: Arts. 95°, 96°, 98°, 150°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE ZARUMILLA**

EXPEDIENTE	: 2010-241-5-JIPZ
JUEZ	: OSWALDO S. VELARDE ABANTO
IMPUTADO	: FELIX ENRIQUE VILLACORTA BARRIONUEVO : JORGE VICENTE ROMANO NAJAR
AGRAVIADO	: EMPRESA A1 LOGISTIC & CUSTOMS E.I.R.L. : EMPRESA A1 INVERSIONES INTERNACIONALES E.I.R.L.
ASISTENTE CAUSAS	: DEYSI JIMENEZ ARAUJO
ASISTENTE DE AUD.	: VÍCTOR ODAR BARRETO
DELITO	: ABUSO DE AUTORIDAD

**Resolución N° Trece
Zarumilla, diecinueve de agosto
Del año dos mil once**

VISTOS y OIDOS los alegatos de las partes en audiencia pública según acta de su propósito; y, **CONSIDERANDO:**

Primero.- Que, se suele afirmar que la etapa intermedia del proceso penal tiene una naturaleza bifrontal en tanto que, por un lado, mira a la investigación para resolver sobre su correcta clausura, y, por otro lado, mira también a la fase de juicio oral, para determinar si esta debe o no desarrollarse. Es evidente entonces que corresponde en esta etapa hacer una especie de calificación de lo actuado en la etapa de investigación, la misma que va desde la promoción de la acción penal, correcto emplazamiento de las partes, calificación jurídica del hecho materia de imputación, admisibilidad de los medios de prueba entre otros, para sobre dicha base, disponer la continuidad del proceso, la subsanación de algunos aspectos o la declaración de nulidades posibles en las que se haya incurrido, disponiendo según el caso los correctivos pertinentes.

Segundo.- Que, mediante disposición fiscal número tres (aclarada mediante disposición fiscal número cuatro), el Ministerio Público dispuso FORMALIZAR INVESTIGACIÓN preparatoria contra Jorge Vicente Romano Najar y Félix Enrique Villacorta Barrionuevo, en sus calidades de Intendente de Aduana – Tumbes y, Jefe del Departamento de Técnica Aduanera de la Intendencia de Aduana Tumbes respectivamente, como presuntos autores del delito cometido por funcionario público, en la modalidad de Abuso de Autoridad, tipificado en el artículo trescientos setenta y seis del Código Penal, en agravio de Rosa Milagros Gonzáles Rentería, en representación de A1 LOGISTIC & CUSTOMS EIRL y, A1 INVERSIONES INTERNACIONALES EIRL, tramitándose la investigación bajo las normas del proceso penal común.

Dispuesta la conclusión de la investigación preparatoria se ha formulado requerimiento acusatorio, del cual se ha efectuado el correspondiente traslado a las partes procesales para los fines de ley, luego, se ha señalado fecha para la audiencia de control respectiva, en la que tras haber oído a las partes sobre sus respectivas pretensiones el Juggado, con las facultades de ley, se ha reservado emitir pronunciamiento en fecha posterior.

Tercero.- Que, el presente proceso tiene como finalidad investigar la presunta comisión del delito de ABUSO DE AUTORIDAD, el mismo que se encuentra ubicado dentro de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos; sin embargo, se advierte que en la disposición de formalización de investigación y demás emitidas por el Ministerio Público, solo se ha incluido como parte agraviada a las empresas A1 LOGISTIC & CUSTOMS EIRL y, A1 INVERSIONES INTERNACIONALES EIRL en la persona de su representante legal, más no así al Estado peruano, quien por ser el titular del bien jurídico protegido en este delito (el correcto funcionamiento de la administración pública, de modo general y, que los funcionarios públicos ciñan su actuación dentro del marco previsto en las normas legales que establecen y delimitan sus funciones y atribuciones, de modo específico), resulta inevitablemente tener la condición de agraviado, tiene la condición de parte material en el presente proceso y en consecuencia le asiste el derecho a ser notificado con las disposiciones que se emitan en el decurso procesal.

Cuarto.- Que, sin embargo, vistos los actuados se advierte que el proceso se ha iniciado y realizado sin que se haya realizado notificación alguna al Estado, ni con la disposición de formalización de investigación ni con otras emitidas por el Ministerio Público, es más, no se le ha considerado parte en el proceso, lo que ha conllevado a que el Juggado en su oportunidad tampoco realice el emplazamiento respectivo, omisión que tiene incidencia directa en el derecho a la defensa que le asiste y que, en este caso se habría visto recortado en tanto que el Estado como tal no ha tenido la oportunidad de formular sus mecanismos de defensa que estimase convenientes en ejercicio de las facultades que la ley le concede.

Quinto.- Que, conforme a lo prescrito por el Art. 139º, de la Constitución Política del Perú, son principios y derechos de la función jurisdiccional, inciso 3). La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional; el debido proceso constituye, entonces, una garantía constitucional cuya observancia resulta ineludible en todo proceso judicial. En este sentido, el artículo 150º del Código Procesal Penal establece la potestad del Juggado para declarar la nulidad de las actuaciones procesales sin necesidad de petición de las partes cuando los defectos estén referidos, entre otras, inciso d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la Constitución.

Que, en este sentido, el Juggado considera que en el presente caso se ha incurrido en causal de nulidad absoluta conforme a la hipótesis jurídica contenida en el artículo antes citado, puesto que, es evidente que el Ministerio Público no ha comprendido en su formalización de investigación al Estado peruano – Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, como parte agraviada, tampoco acredita haberla incorporado con posterioridad como tal en la investigación, omisión que deberá subsanarse retrotrayendo la causa a un estado en que dicha parte pueda ejercer su legítimo derecho de defensa que le asiste frente al presunto exceso en el que habrían incurrido sus funcionarios hoy investigados, esto es, a la fase de investigación.

Por las consideraciones antes expuestas y de conformidad con lo prescrito por los dispositivos legales citados precedentemente, el Juggado de investigación Preparatoria de Zarumilla, **RESUELVE:**

1.-DECLARAR LA NULIDAD DE ACTUADOS en la presente causa penal, comprendiendo la nulidad los actuaciones siguientes: la disposición de conclusión de la investigación preparatoria (disposición N° tres, de fecha tres de febrero del dos mil once), el requerimiento acusatorio y la respectiva audiencia de control, inclusive; salvo los documentos incorporados al proceso; en consecuencia.

2.- DISPONER que el Ministerio Público, primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Zarumilla - Tumbes:

2.1.- Incorpore como parte agraviada al ESTADO - Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT.

2.2.- Notifique a la SUNAT, en su sede central Lima, con las disposiciones Fiscales números tres (formalización de investigación de fecha veintisiete de julio del dos mil diez) y, cuatro (aclaración de formalización de fecha doce de noviembre del dos mil diez), así como con copia de los actuados que le permitan tomar conocimiento de los hechos materia de investigación.

2.3.- Fije un plazo prudencial y razonable para que dicha entidad tenga la oportunidad de ejercer sus derechos conforme al artículo noventa y cinco y siguientes del Código Procesal Penal, si lo estima pertinente.

3.- DEVOLVER al Ministerio Público, los documentos que han sido entregados por el Ministerio Público al Juggado en audiencia en calidad de medios de prueba para el juicio oral.

Cumplido el trámite ordenado, deberá proceder conforme a sus atribuciones legales pertinentes.

39**ACUSACIÓN:****CONTROL SUSTANCIAL
DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN**

"[...] Todo medio de prueba dentro del cual obviamente se entiende a los elementos de convicción, serán valorados solo si han sido obtenidos e incorporados al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; al no existir una sujeción a las normas de la incautación y por ende a la cadena de custodia, mal se puede sostener que se tengan objetos materiales de delito que hayan sido sometidos a una cadena de custodia con aval de la autoridad judicial, por tanto habiéndose transgredido en forma evidente el debido proceso y normas y garantías procesales sustanciales, no es posible que el Juez de Investigación Preparatoria pueda estimar los alcances probatorios de estos objetos materiales de delito".

Base Legal: CP: Arts. 189.2º, 189.4º; NCPP: Arts. VII, 158º, 199º, 220º, 259º, 318º, 344º, 344.2.d; AP: N° 05-2010/CJ-116

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE PUNO**

EXPEDIENTE	: 00001-2011-24-2101-JR-PE-01
JUEZ	: VÍCTOR CALIZAYA COILA
IMPUTADO	: GUMERCINDO CASTRO HUALLPA
AGRAVIADO	: RAFAEL ROLANDO ROMERO KANA ROSARIO DURAN
ESPECIALISTA DE AUD.	: ZULEMA ALATRISTA VIZCARRA
DELITO	: ROBO AGRAVADO

**Resolución N° Cuatro
Puno, dieciséis de agosto
Del año dos mil once**

Estando a los fundamentos del pedido de sobreseimiento propuesto por la Defensa Pública en favor del acusado Gumercindo Castro Huallpa, así como los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público en función al traslado conferido con el pedido de sobreseimiento y;

CONSIDERANDOS:

PRIMERO.- Que una vez formulada la acusación fiscal, las partes diferentes al Ministerio Público, tienen la posibilidad de incoar pretensiones que pueden dar por concluido un proceso o en su caso cuestionar la formalidad o de ser necesario sujetarse a la aplicación de un criterio de oportunidad; sin perjuicio de ofrecer los medios probatorios que estimen a su defensa, ello en genérico; en concreto uno de los pedidos que puede realizar la parte acusada es precisamente el sobreseimiento y ello en sujeción a los alcances y presupuestos del artículo 344º del Código Procesal Penal; precisamente en el caso concreto la Defensa Pública ha estimado proponer el sobreseimiento acorde al presupuesto contenido en el literal d) del artículo 344º numeral 2) del Código Procesal Penal; es decir, sostiene la insuficiencia de elementos de convicción, además de haberse remitido al otro presupuesto que se contiene en el mismo artículo 344º en que no existe posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y que permita solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado; al respecto ha aludido argumentos que cuestionan la concurrencia de elementos de convicción en torno a la preexistencia de los objetos materia del delito de robo agravado, cuestiona el recibo de honorarios profesionales sobre el dinero que se habría sustraído al agraviado Rafael Rolando Romero Kana, asimismo señala que la billetera, DNI, llaves y el celular SAGEM no se habría encontrado en poder del acusado y contrariamente, si bien admite que se le encontró con una casaca azul, dicha casaca se le habría ofrecido en venta; empero no contenía otros bienes, de igual manera cuestiona el registro personal que se habría llevado a las siete de la mañana, en donde se habría verificado solamente la casaca, de igual manera señala que resulta incoherente la imputación fiscal en torno al celular que aduce haber tenido el agraviado Rafael Rolando Romero Kana, toda vez que se habría evidenciado llamadas entrantes realizadas por el propio agraviado después de ocurridos los hechos, lo cual habría sido admitido por el propio agraviado, de igual manera señala que el acta de intervención se ha realizado sin presencia de abogado y por lo demás no se habría cumplido con una debida cadena de custodia de los bienes que se habrían encontrado supuestamente en poder del acusado, pues no obra acta de incautación, menos decisión confirmatoria de esta incautación que habría sido solicitada al Órgano Jurisdiccional, alude los alcances del Acuerdo Plenario N° 05-2010, de

igual manera cuestiona el reconocimiento aludiendo de que previamente a llevar adelante dicha diligencia en un solo ambiente se encontraban tanto imputado y agraviado, y que se hizo el reconocimiento fotográfico estando presente el imputado, asimismo cuestiona los hechos en cuanto a la hora, pues refiere que no se ha precisado y como tal no se estaría cumpliendo con el principio de imputación necesaria; por su parte el Ministerio Público ha señalado que si se ha cumplido con establecer la preexistencia de los bienes que habrían sido encontrados en poder del acusado, además de que al realizarse la verificación de las llaves en torno al domicilio del agraviado, estos en efecto lograron aperturar la puerta, además que el celular SAGEM se encuentra en cadena de custodia del Ministerio Público, se ha establecido por otro lado de que no se le ha encontrado la suma de tres mil nuevos soles en poder del acusado y que no existe acta de incautación, tampoco se habría solicitado la confirmación de alguna incautación en torno a los bienes que fueron supuestamente encontrados al momento de la intervención por parte de la autoridad policial, precisa que los hechos habrían acontecido a horas tres y treinta de la madrugada y que la intervención policial se habría suscitado a horas cinco y cuarenta a.m.

SEGUNDO.- Cabe señalar de que el Juez de Investigación Preparatoria si bien no realiza valoración probatoria propiamente, ello en atención a que la prueba aún no existe en la etapa de investigación preparatoria, tampoco en la etapa intermedia en la que solamente se propone los medios probatorios que son factibles de actuación en una etapa posterior como es el juicio oral; el control formal y sustancial no se realiza en función a la prueba, sino en función a los elementos de convicción que ha recabado el Ministerio Público durante la fase de investigación preparatoria y como tal permite o no generar una causa probable, que de algún modo permita tener una probabilidad latente de que la hipótesis del Ministerio Público pueda ser corroborada precisamente con la actuación probatoria, pues no existiría congruencia probatoria de estimarse una prueba a futuro de modo distinto con lo que inicialmente se generó la recabación de indicios y evidencias en la escena del delito, por ende el Juez de Investigación Preparatoria suscrito sostiene que es criterio de este Juggado de que si se hace valoración; empero de los elementos de convicción y esto en sujeción a que el artículo 344° y por ende las posibilidades de decisión judicial que estima la etapa intermedia luego de formular la acusación, hace que se puedan emitir decisiones de fondo, razón por la cual se prevé como presupuestos de sobreseimiento la atipicidad, la insuficiencia probatoria, las causas eximentes o las causas justificatorias o de inculpabilidad, así como la imputación necesaria cuando se señala en su literal a) del numeral 2) del artículo 344° de que puede concurrir el sobreseimiento cuando no es posible atribuir el hecho al imputado o este no se ha realizado; en consecuencia, estimamos de que existe plena posibilidad y permisiva del ordenamiento jurídico procesal penal, de que el Juez de Investigación Preparatoria cuando resulte necesario, pueda realizar una valoración de los elementos de convicción, a más de que precisamente la etapa intermedia es una de saneamiento y como tal en perspectiva cercana al ordenamiento procesal civil, es en esta etapa en la que se logra establecer o no, la posibilidad de continuar con la causa del proceso o en su caso fenecer o dictar alguna decisión conclusiva del proceso.

TERCERO.- Bajo este análisis previo e introductorio al caso concreto, se llega a establecer en principio lo siguiente: Si bien se tiene un hecho tangible de que los agraviados habrían sido víctimas de un robo por aproximadamente de seis a diez personas, entre los cuales se encontraría el acusado Gumercindo Castro Huallpa y que se corrobora en alguna medida con el hallazgo de la casaca que habría sido sustraída a la persona de Rafael Rolando Romero Kana, también es cierto que cualquier aseveración verbal o testimonial en la etapa preliminar o de investigación preparatoria, debe ser corroborada con otros elementos de convicción que así pudieran generar certeza al Juez de Investigación Preparatoria que realiza precisamente el control sustancial en correlación a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal; en el caso concreto se alude de que la imputación surge en base a un reconocimiento que habría realizado Rafael Rolando Romero Kana respecto de Gumercindo Castro Huallpa; no obstante también indica el Ministerio Público al realizar el control de investigación de que habría reconocido a otras dos personas, no habiéndose procedido a realizar mayores indagaciones al respecto, por tanto existe una circunstancia que queda en la incertidumbre si en efecto, este hecho se ha suscitado conforme lo ha señalado el agraviado y si al respecto también se ha cumplido con establecer el posible ocasionamiento de lesiones con el uso de la violencia que devengan de una actuación de Gumercindo Castro Huallpa, pues existe otra indeterminación en torno a que si eran seis o diez personas, Gumercindo Castro Huallpa fue la persona que propinó algún golpe o utilizó algún objeto contundente como lo menciona el certificado médico legal al que ha aludido el Ministerio Público al señalar que presenta lesiones provocado por agente contundente, extremo este que tampoco ha sido corroborado con mayores precisiones por el mismo médico legista, contraviniendo expresamente lo dispuesto por el artículo 199° del Código Procesal Penal que textualmente señala en torno a la intervención de los médicos legistas y en relación al examen de lesiones de que se debe exigir que el perito determine el arma o instrumento que la haya ocasionado y si dejaron o no deformaciones y señales permanentes en el rostro; en consecuencia, no basta

establecer la causación de lesiones, sino el objeto con el cual se ha causado estas lesiones; por ende también existe una situación no corroborada debidamente en torno a la vinculación de Gumercindo Castro Huallpa con el ocasionamiento de estas lesiones, a más de lo aseverado de que no se ha precisado el objeto con el cual se habría causado estas lesiones, siendo una cuestión muy genérica aludir a un objeto contundente, menos se ha esgrimido por el Ministerio Público que se hayan hecho mayores indagaciones al respecto o que haya requerido que el médico legista haga mayores alcances. Por otro lado, habiéndose analizado uno de los elementos objetivos como es la violencia o la amenaza, que no han sido corroborados debidamente, se entra a detallar sobre la preexistencia de estos bienes que habrían sido sustraídos, se indica por Gumercindo Castro Huallpa; al respecto el Acuerdo Plenario 05-2010 publicado el dieciséis de noviembre del dos mil diez, hace un desarrollo muy pertinente en torno a que la figura de la incautación, llegando a establecer dos formas de incautación: una incautación de naturaleza instrumental ceñida a la búsqueda de pruebas y otra referida a una incautación de naturaleza cautelar direccionada a una posibilidad de comiso definitivo del bien, asimismo hace precisiones en torno a lo que debe entenderse por cuerpo del delito, objeto del delito o instrumento de delito; en el caso concreto se hace referencia a que acorde al tipo penal de robo agravado; el dinero, el celular, la casaca, la billetera y las llaves, propiamente se constituirían en objeto material del delito, más no instrumentos, pues precisamente esos habrían sido los bienes sustraídos; en consecuencia, siendo objeto del delito, estos debieron de seguir las normas de la restricción de derechos a través de la figura de la incautación, no como una figura cautelar; pero si como una forma instrumental de búsqueda de pruebas; en consecuencia, al no haberse procedido a la incautación policial o fiscal de los bienes supuestamente sustraídos, obuiamente no podemos hablar de la cadena de custodia, pues la cadena de custodia es una consecuencia de un acto inicial que se denomina incautación, para posteriormente generar obligaciones de custodia y protección precisamente de estos objetos materiales de delito; aún así se hubiere realizado el acto de incautación para tener efecto y valoración probatoria como elemento de convicción; la Corte Suprema a establecido de que se debe de cumplir con el principio de la Judicialidad; es decir, la incautación no puede tener valor probatorio, si es que no ha sido convalidada por la autoridad judicial y he ahí la necesidad de que la incautación tenga que ser confirmada por el Juez de Investigación Preparatoria; en el caso concreto no se ha levantado el acta de incautación, tampoco existe obuiamente un mandato judicial que confirme esta incautación, lo que además presupone la inobservancia del principio de Inmediatez y como tal si bien podría atender al recojo de alguna evidencia o indicios; la sola forma de recabación probatoria en su denominación de elementos de convicción, no puede ser convalidada por el ordenamiento jurídico cuando expresamente el Código Procesal Penal dentro de su principios y lineamientos rectores contenidos en su Título Preliminar, específicamente en su artículo VIII, señala en torno a la legitimidad de la prueba, que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, además que todo medio de prueba dentro del cual obuiamente se entiende a los elementos de convicción, serán valorados solo si han sido obtenidos e incorporados al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; al no existir una sujeción a las normas de la incautación y por ende a la cadena de custodia, mal se puede sostener que se tengan objetos materiales de delito que hayan sido sometidos a una cadena de custodia con aval de la autoridad judicial, por tanto habiéndose transgredido en forma evidente el debido proceso y normas y garantías procesales sustanciales, no es posible que el Juez de Investigación Preparatoria pueda estimar los alcances probatorios de estos objetos materiales de delito; a todo ello se suma de que verificado la carpeta fiscal, se ha llegado a establecerse serias incoherencias; el acta de registro personal de folios dos que viene a ser la primera diligencia que habría realizado la autoridad policial, no ha sido comunicada inmediatamente al Ministerio Público, toda vez que esta comunicación como se infiere de folios tres recién se comunica en fecha tres de enero del dos mil once, por ende también existe una inobservancia a la obligación de la Policía cuando puede existir flagrancia en la comisión de un ilícito o presunción de flagrancia o cuasi flagrancia como se señala en el artículo 259° del Código Procesal Penal, esta obligación es que la Policía tenga que haber comunicado en forma inmediata al Ministerio Público, por ende al no observarse este principio de Inmediatez también el Ministerio Público mal hizo en convalidar estas primeras diligencias, asimismo estas incongruencias y contradicciones se convergen en el mismo contenido del acta de intervención policial que se indica se habría realizado a horas cinco y cuarenta del primero de enero del dos mil once y se entiende por el contenido de que se refiere a una acta de intervención policial o del acusado a quien se le habría intervenido, mas no propiamente se puede referir una acta de intervención policial en torno a la persona agraviada, que si bien el Ministerio Público señala que esto es un error, pues este error debió de ser corregido o subsanado precisamente en el sequito de la investigación preparatoria o una vez tomado conocimiento el Ministerio Público de parte de este hecho, en el caso concreto, esta acta de intervención policial de folios dos tiene como intervenida a la persona de Rafael Rolando Romero Kana, por ende, esta incoherencia obuiamente tampoco permite estimarla o incorporarla menos valorarla como elemento de convicción; generando de por si obuiamente la inexistencia de elementos de convicción debidamente incorporados al procedimiento, asimismo, esta acta de intervención policial

permite en esencia señalar de que no se ha encontrado la suma de tres mil nuevos soles como asevera fácticamente el Ministerio Público y ello contraviene la imputación necesaria, pues al haberse imputado en forma genérica de que se encontró en poder del acusado, tal vez dinero, tal vez una billetera o tal vez un celular marca SAGEM, o una casaca de color azul o un llavero con tres llaves, también es cierto que eso se contradice con lo aparecido en el acta de registro personal, en el que no solamente obran dichos objetos sino otros como un peine color rojo y blanco, una cajita de fósforo con contenido, otro llavero con cuatro llaves tres fuertes y un Olaus; que si habrían sido encontrados al encausado, por ende, existe una divergencia, a más de que los indicios no son corroborados uniformemente, pues en torno a la suma de tres mil nuevos soles, si bien existen dos recibos por honorarios profesionales a folios treinta y treinta y uno, no cuentan con las formalidades del caso, menos obra el original, no obra firma alguna de cancelación, tampoco el Ministerio Público ha recabado mayores actos de investigación o información de la SUNAT que era la institución que idóneamente pudo haber verificado la realidad o no de la formalidad de estos recibos por honorarios, de igual manera en torno al celular SAGEM, si bien se ha aludido en cuanto a su preexistencia este recibo que obra a folios treinta y dos de la carpeta fiscal se ha dejado establecido por el control de información que realizado el Juggador de que el recibo de pago es propiamente referente al servicio telefónico, mas no a la existencia del equipo celular que se habría encontrado en poder del acusado, por ende, tampoco concurren elementos de convicción en torno a la preexistencia de este equipo celular, menos se ha cumplido con la debida individualización detallada del bien comisado por así llamarlo como lo exige mínimamente el artículo 318° en concordancia con el artículo 220° del Código Procesal Penal, por ende, también mal se puede sostener que estos bienes se encuentren en cadena de custodia; en relación a la billetera el acta de intervención policial no hace mención a la billetera; en consecuencia, mal se puede aducir que exista una intervención en la que se haya encontrado este bien, tampoco en relación a dicha billetera se ha establecido el elemento objetivo de preexistencia que resulta sustancial para determinar un tipo penal como lo es el delito de robo; en relación a las llaves, si bien no se ha puesto en cuestión de que al hacer uso de estas llaves se ha logrado aperturar la puerta del domicilio del agraviado, empero cabe señalar de que el Juggador opta por priorizar el respeto a las garantías procesales de recojo de evidencias y obviamente a la infracción a las normas de judicialidad en torno a la medida restrictiva de incautación, que desde ya le quita cualquier valor probatorio a estas diligencias preliminares o de investigación preparatoria realizadas por el Ministerio Público; en consecuencia, se denota de que no se ha logrado establecer la concurrencia de suficientes elementos de convicción en torno a la preexistencia de los bienes que habrían sido sustraídos a los agraviados Rafael Rolando Romero Kana y Rosario Durand, al que se suma el análisis liminar realizado en torno a que no concurre una imputación necesaria y precisada sobre la persona que habría ocasionado las lesiones que se describen en los certificados médicos legales cero cuatro y cero tres, además de la infracción al mandato contenido en el artículo 199° del Código Procesal Penal, ha ello se suma obviamente, esto en un análisis en sujeción al principio de Igualdad Procesal de que el comportamiento de agraviado como bien lo ha señalado el Ministerio Público no ha sido el más positivo ni coadyuvante a los fines de esta investigación, comportamiento este que desde ya hace que el Juez de Investigación corrobore su desinterés en torno a buscar un efecto resarcitorio por estos hechos que se habrían cometido en su agravio; no olvidemos que el artículo 158° del Código Procesal Penal en cuanto a la valoración se entiende de la prueba; pero extensivamente de los elementos de convicción señala que el Juez debe observar las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia y como tal expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados; en consecuencia el análisis del Juggador se sujeta simplemente a los alcances doctrinarios probatorios que se contienen y derivan de las normas del Código Procesal Penal; por estas razones cabe estimar positivamente el pedido de sobreseimiento sumado a que liminarmente también se obtendrían fundamentos en torno a posible atipicidad del tipo penal de robo agravado al no haberse acreditado en forma fehaciente la preexistencia de los bienes sustraídos, que es uno de los elementos objetivos del tipo penal de robo agravado, por lo que estando a las normas acotadas y a los fundamentos expuestos.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADO EL PEDIDO DE SOBRESEIMIENTO propuesto por la Defensa Pública en favor del acusado GUMERCINDO CASTRO HUALLPA con DNI 44873811, natural del distrito de Pichacani, provincia y departamento de Puno, nacido el trece de enero de mil novecientos ochenta y tres, hijo de Jaime y Aurelia y demás datos brindados por el Ministerio Público, ello por la presunta comisión del delito Contra el Patrimonio en su modalidad de Robo en su forma de ROBO AGRAVADO previsto y sancionado según ha indicado el Ministerio Público en el artículo 189° incisos 2) y 4) del Código Penal, en agravio de RAFAEL ROLANDO ROMERO KANA Y ROSARIO DURAN; por tanto, **SE DICTA: AUTO DE SOBRESEIMIENTO** y por ende, **SE DISPONE: EL ARCHIVAMIENTO DEFINITIVO** de la presente causa que tendrá autoridad de cosa juzgada.

SEGUNDO.- SE DISPONE: El levantamiento de cualquier medida coercitiva de carácter personal y real que se hubiere dictado en contra del acusado.

TERCERO.- Acorde a las irregularidades advertidas en torno a la investigación policial y Fiscal, **SE DISPONE: SE COMUNIQUE** de estas circunstancias a la Fiscalía Coordinadora de los Juzgados Corporativos de Investigación Preparatoria del Ministerio Público a efecto realicen las medidas correctivas del caso y de esta manera evitar que se transgredan normas elementales que permitan en etapas posteriores a la investigación preparatoria, generar certeza al Juggador y de esa manera evitar posibles impunidades a raíz de estas deficiencias procesales.

CAPÍTULO III

Juzgamiento

Conclusión Anticipada del Juicio Oral

SUBCAPÍTULO I

40

CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL:**CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACUERDO**

"[...] Corresponde al Juez el control del acuerdo a fin de determinar si satisface las exigencias de legalidad, control que no sólo tiene que ver con la legalidad del juicio de tipicidad del hecho imputado, sino también de la pena y reparación civil acordada y demás consecuencias accesorias".

"[...] En consecuencia, aplicando las reducciones antes señaladas, cuyas razones han sido justificadas en el acuerdo propuesto, corresponde imponerle al acusado once años de pena privativa de la libertad, al haber superado el acuerdo el control de legalidad en materia de dosificación de la pena".

"[...] En ese orden de ideas, la suma pactada resulta insuficiente para resarcir la integridad de los daños causados, razón por la cual este Colegiado, considera aumentarla prudencialmente a la suma de dos mil nuevos soles".

Base Legal: CP: Arts. 16°, 45°, 46°, 93°, 200.b; NCPP: Arts. 372.1°, 372.2°, 372.5°; AP: N° 005-2008/CJ-116

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE
 JUZGADO PENAL COLEGIADO DE CHICLAYO**

EXPEDIENTE	: 189-2011
JUECES	: GUILLERMO PISCOYA, SOLANO CHAMBERGO, RODRÍGUEZ LLONTOP
MINISTERIO PÚBLICO	: PRIMERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE CHICLAYO
ACUSADO	: WILMER SISNIEGAS CAMPOS
AGRAVIADO	: FERNANDO ENRIQUE GUZMÁN LIÑÁN
DELITO	: EXTORSIÓN AGRAVADA

**Resolución N° Dos
 Chiclayo, cinco de septiembre
 Del año dos mil once**

VISTA en audiencia oral y pública la presente causa, interviniendo como Director de Debate el magistrado Guillermo Piscoya, se procede a dictar sentencia bajo los términos siguientes:

I. PARTE EXPOSITIVA
1.1 Sujetos procesales:

- a) Parte acusadora: Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo.
- b) Parte acusada: WILMER SISNIEGAS CAMPOS con DNI N° 18142258, natural de Saña, nacido el catorce de agosto de mil novecientos setenta y dos, de treinta y ocho años de edad, hijo de Gustavo Sisniegas Sánchez y Marilú Campos Córdova, con domicilio en Manzana E-2, Lote N° 15 del Asentamiento Humano Alto Trujillo Barrio 5A del distrito de El Porvenir, provincia de Trujillo, Departamento de La Libertad.
- c) Actor Civil: FERNANDO ENRIQUE GUZMÁN LIÑÁN.

1.2 Alegatos iniciales:
a) Del fiscal

El día nueve de enero del año dos mil once a horas siete de la mañana, en circunstancias que el agraviado abrió su ferretería, encontró un papel bond al interior de un sobre, a través del cual lo amenazaban con atentar contra su familia y sus bienes. A cambio de no concretar dichas amenazas debía cancelar la suma de veinte mil nuevos soles, para lo cual debía comunicarse al número 979265291. Al día siguiente ha recibido llamadas extorsivas a sus teléfonos celulares 978841309 y 979626511 a efectos de que cumpla con cancelar el dinero, caso contrario, atentarían contra su familia; llamadas provenientes de los teléfonos celulares 979265291 y 979017847. El diez de enero del dos mil once, el agraviado formula su denuncia ante la DIVIN-CRI y se prepara el operativo correspondiente, previa tratativa con los extorsionadores. El doce de enero del dos mil once se pacta la entrega de la suma de dos mil nuevos soles en la urbanización Miraflores de la ciudad de Chiclayo. A las doce horas con cincuenta minutos aproximadamente, se pudo divisar a un sujeto

que vestía short, polo y sandalias, a quien un efectivo policial vestido de civil le entrega el dinero. En esas circunstancias el acusado nota la presencia de otro efectivo policial y emprende la fuga del lugar, logrando ser reducido por el efectivo policial que se encontraba de apoyo. Al practicársele el registro personal se le encontró el teléfono celular 978600309 y el sobre conteniendo el dinero. Practicadas las diligencias del caso se pudo determinar que se trataba del acusado Walter Sisniegas Campos; y al efectuarse la lectura de su teléfono se pudo constatar que tenía comunicación con otro sujeto apodado "Tole" con quien coordinaba los hechos materia de esta acusación.

Los hechos se tipifican en el primer párrafo del artículo 200° del Código Penal, concordante con el quinto párrafo literal "b" del mismo Cuerpo Normativo; es decir, con la agravante de haber sido cometido con la participación de dos o más personas. Solicita se le imponga al acusado dieciocho años de pena privativa de la libertad.

Probará su teoría con la testimonial del propio agraviado Fernando Enrique Guzmán Liñán y de los efectivos policiales César Flores Muro, Jorge Ayasta Garnique, Ronald Llatas Torres y Héctor Fernández de la Torre quienes explicarán la forma cómo se realizó el operativo; con la explicación pericial del perito grafotécnico quien -del sobre y de la hoja que se dejó en el interior del domicilio del agraviado- concluye que el manuscrito corresponde al puño y letra del acusado presente; asimismo con las documentales consistentes en el acta de denuncia verbal, acta de intervención policial, acta de recepción de manuscrito, actas de verificación y lectura de los teléfonos celulares, acta de recepción de los artefactos de comunicación, acta de recepción de dinero debidamente fotocopiado, acta de registro personal, acta de incautación de teléfono celular y del sobre conteniendo el dinero, acta de homologación del dinero, el manuscrito de papel bond, la propia pericia, la resolución por la cual el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria confirma las actas mencionadas y la carta remitida por Telefónica donde hace llegar las llamadas entrantes y salientes del teléfono celular del agraviado con el del extorsionador; así como con la prueba material consistente en el teléfono celular.

b) Del defensor del acusado:

Señala que con los mismos elementos probatorios ofrecidos por el representante del Ministerio Público demostrará que el imputado Wilmer Sisniegas Campos ha tenido una actividad que nada tiene que ver con la extorsión; que ha existido un error de tipo invencible previsto en la primera parte del artículo 14° del Código Penal; que ha existido una autoría mediata por parte de la persona de apellido "Toledo" con quien su patrocinado tuvo en una oportunidad algún acercamiento por el trabajo de vigilancia; que en ningún momento solicitó el dinero, y que tampoco lo ha tenido en su poder al momento de la intervención. En consecuencia demostrará su inocencia.

1.3 Posición del acusado frente a la acusación

Luego que se le explicara los derechos que le asistían en juicio y la posibilidad de que la presente causa termine mediante conclusión anticipada, el acusado solicitó la suspensión de la audiencia por breve término para conferenciar con el señor Fiscal, y reiniciada la misma manifestó haber llegado a un acuerdo con el representante del Ministerio Público, quien oralizó el acuerdo; luego de lo cual el acusado manifestó su conformidad con los términos del acuerdo, admitiendo ser responsable del delito y de la reparación civil. El Colegiado declaró concluido anticipadamente el juicio.

1.4 Acuerdo sobre la pena y la reparación civil

Respecto de la pena acuerdan que en mérito a los artículos 45° y 46° del Código Penal, específicamente las carencias sociales y la condición de agente primario, propone como pena base la de diecisiete años de pena privativa de la libertad. Partiendo de dicha pena deben efectuarse las siguientes reducciones: dos años de pena privativa de la libertad al amparo del artículo 16° del Código Penal, por cuanto el delito ha quedado en grado de tentativa; dos años y un mes de pena privativa de la libertad por haberse acogido a la conclusión anticipada conforme al Acuerdo Plenario expedido por la Corte Suprema que permite reducir la pena en un séptimo; y un año y once meses de pena privativa de la libertad atendiendo a los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas. En consecuencia la pena a aplicársele es de once años de pena privativa de la libertad.

Respecto de la reparación civil, acuerdan la suma de mil nuevos soles a pagarse en diez cuotas mensuales, que comenzarán a pagarse a los treinta días posteriores de emitida la sentencia, a través de depósitos judi-

ciales ante el Banco de la Nación.

1.5 Pronunciamiento del actor civil respecto a la reparación civil

Refiere que no está conforme con la pretensión de mil nuevos soles que postula el Fiscal, porque cuando lo extorsionaron le ocasionaron gastos que superan los cinco mil nuevos soles; durante mes y medio solicitó servicios de policías para que lo resguarden en su tienda, gastó en combustible, documentos; pero lo que más le duele es el aspecto moral, intimidante a su familia; precisando que durante tres o cuatro meses quedaron enfermos. Refiere que no se trata de que el gasto haya sido de cinco mil nuevos soles, sino que por la forma en que lo hicieron y el daño que le han causado, prácticamente los mil nuevos soles no equivale a nada. Aclara también que su abogado no ha ofrecido prueba para acreditar ese daño y no se desprendió de dinero producto de la extorsión porque concurrió a la DIVINCRI y le dijeron que no pague.

II. PARTE CONSIDERATIVA

PRIMERO: ÁMBITO NORMATIVO DE LA SENTENCIA DE CONFORMIDAD

1.1 Conforme al artículo 372° inciso 5 del Código Procesal Penal, la sentencia de conformidad prevista en el numeral 2 del mismo artículo, se dictará aceptando los términos del acuerdo. En consecuencia corresponde al Juez el control del acuerdo a fin de determinar si satisface las exigencias de legalidad, control que no sólo tiene que ver con la legalidad del juicio de tipicidad del hecho imputado, sino también de la pena y reparación civil acordada y demás consecuencias accesorias.

1.2 Según el mismo dispositivo legal, para efectos de la aprobación del acuerdo debe tenerse en cuenta además, que la determinación de la tipicidad debe realizarse a partir de la descripción del hecho aceptado, sin que ello evite dictar la resolución correspondiente en los casos que resulte manifiesta la concurrencia de cualquier causa de justificación o exención de responsabilidad penal, sin valoración de prueba, toda vez que en este aspecto el legislador ha sido cuidadoso en precisar que esta evaluación debe efectuarse a partir de la descripción del hecho aceptado.

SEGUNDO: CONTROL DE LEGALIDAD DE LA TIPICIDAD

2.1 El delito de extorsión regulado por el artículo 200° del Código Penal, exige para su configuración en su modalidad básica que el agente – que puede ser cualquiera – obligue a una persona, así como a una institución pública o privada a otorgar una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole; siempre y cuando los actos comisivos se realicen mediante violencia o amenaza. Como elemento subjetivo se requiere la presencia de dolo.

2.2 El literal “b” del quinto párrafo del artículo 200° del Código Penal, agrava el delito de extorsión, cuando éste se comete con el concurso de dos o más personas.

2.3 Con respecto al control de tipicidad, tal como ha sido planteada la imputación, éste órgano jurisdiccional considera que nos encontramos ante un supuesto subsumido en el artículo 200° del Código Penal concordante con el quinto párrafo literal “b” del mismo tipo penal, en razón de que conforme al hecho aceptado, se advierte que el día nueve de enero del dos mil once le han dejado al agraviado Fernando Enrique Guzmán Liñán en el local de su ferretería un sobre Manila cuyo interior tenía un papel bond conteniendo amenazas, y al día siguiente le han efectuado llamadas extorsivas al teléfono celular 979626511 y 978841309 desde los números 979265291 y 979017847 amenazándolo con atentar contra su familia y sus bienes, solicitándole a cambio de no cumplir con tales amenazas, la suma de veinte mil nuevos soles, requerimiento que posteriormente se redujo a dos mil nuevos soles en virtud a las tratativas con personal de la DIVINCRI que ya se había hecho cargo del caso, habiendo sido el acusado intervenido por efectivos policiales el día doce de enero del dos mil once, en circunstancias que se le entregó la suma pactada; y habiéndose determinado durante la investigación fiscal que el acusado Wilmer Sisniegas Campos actuó en coordinación con el sujeto conocido como “Tole” o “Toledo”, y que el manuscrito que se dejó en la ferretería del agraviado, corresponde al puño y letra del acusado. En consecuencia al haber aceptado el acusado los cargos por este delito, previa explicación de sus consecuencias jurídicas por el órgano jurisdiccional y consulta con su abogado defensor, el control en este aspecto resulta positivo.

TERCERO: CONTROL DE LEGALIDAD DE LA PENA

3.1 El delito de extorsión previsto en el primer párrafo del artículo 200° del Código Penal concordante con el quinto párrafo literal “b” del mismo artículo, está sancionado con pena privativa de la libertad no menor de quince ni mayor de veinte años.

3.2 Las partes están solicitando se imponga al acusado Sisniegas Campos la pena de once años de pena privativa de la libertad por las razones expuestas durante la oralización del acuerdo. En consecuencia corresponde verificar si la pena propuesta supera el control de legalidad.

3.3 En ese orden de ideas, en mérito a las circunstancias genéricas previstas en el artículo 46° del Código Penal y tomando en cuenta que el delito se ha cometido con el concurso de dos o más personas, así como las condiciones personales del agente quien es una agente primario – según el acuerdo oralizado-; se justifica plenamente, que para efectos de la dosificación de la pena, se tome como pena base el de diecisiete años de pena privativa de la libertad.

3.4 Partiendo de esa pena base, se advierte también que el delito de extorsión ha quedado en grado de tentativa, por cuanto no produjo desprendimiento patrimonial de la víctima; y en consecuencia al amparo de lo dispuesto en el artículo 16° del Código Penal, corresponde hacerle merecedor de una reducción de pena, considerando el Colegiado que la reducción de dos años de pena privativa de la libertad propuesta por las partes, por este concepto, resulta prudencial y razonable.

3.5 Por otra parte al haberse acogido el acusado a la conclusión anticipada del juzgamiento, debe hacerse merecedor de una reducción de pena en no mayor de un séptimo al amparo de lo dispuesto en el Fundamento 23° del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 que resulta aplicable al presente caso. Las partes han propuesto por este concepto una reducción de dos años y un mes de pena privativa de la libertad; quantum que el Colegiado verifica se ajusta a lo establecido en el citado Acuerdo Plenario.

3.6 Finalmente, se propone una reducción de un año y once meses en función de los Principios de Proporcionalidad y Humanidad de las Penas. En efectos analizado el Principio de proporcionalidad a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se establece que la pena es idónea porque aún con la reducción propuesta por este concepto la pena cumpliría los fines que están establecidos en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal; es necesaria porque en el caso concreto no es posible aplicar alguna medida alternativa; y finalmente es proporcional porque existe una relación de proporción entre el injusto y la culpabilidad del autor. Siguiendo a Castillo Alva este principio sirve para atemperar o suavizar las penas, adecuándola a criterios mínimamente razonables¹. Por otra parte el Principio de Humanidad, resulta asociado a la necesidad de conservar al ser humano como persona socialmente adaptable luego del cumplimiento de la sanción, lo que supone la proscripción de utilización de penas que afecten al ser humano y negarle toda posibilidad de reinserción social. En consecuencia también se debe amparar la reducción propuesta por las partes en este extremo.

3.7 En consecuencia, aplicando las reducciones antes señaladas, cuyas razones han sido justificadas en el acuerdo propuesto, corresponde imponerle al acusado once años de pena privativa de la libertad, al haber superado el acuerdo el control de legalidad en materia de dosificación de la pena.

CUARTO: CONTROL DE LEGALIDAD DE LA REPARACIÓN CIVIL.

4.1 En cuanto a la reparación civil, según el artículo 93° del Código Penal comprende tanto la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios.

4.2 Para estos efectos debe tenerse en cuenta que la extorsión es un delito pluriofensivo, ya que no sólo se ataca al bien jurídico patrimonio, sino también a la integridad física y la libertad.

4.3 El representante del Ministerio Público con el acusado y su abogado defensor, han acordado la suma de un mil nuevos soles; monto respecto del cual el actor civil ha manifestado su disconformidad.

4.4 En ese orden de ideas, se debe analizar si existen razones que lleven a este Colegiado a desvincularse de la conformidad respecto al objeto civil del proceso, conforme a las facultades que le confiere el artículo 372°

¹ CASTILLO ALVA, José Luis. Principios del Derecho Penal. Parte General. Gaceta Jurídica. 1ª Edición, Lima, 2004, p. 328.

numeral 5 del Código Procesal Penal.

4.5 El agraviado y actor civil en el presente proceso, ha manifestado en esta audiencia que a raíz de la extorsión ha gastado -en servicios de seguridad y otros- una suma de dinero que superaría los cinco mil nuevos soles, reconociendo también que no ha ofrecido pruebas para acreditar dicho daño, y que no entregó suma alguna a los extorsionadores. En ese orden de ideas, la suma de mil nuevos soles pactada por las partes resulta razonable para reparar el daño patrimonial, y si bien -como dice el actor civil- la suma a reparar sería en un monto mayor, era su obligación ofrecer elementos de prueba tendientes a acreditar dicho daño, tal y como lo prescribe la parte in fine del artículo 156° del Código Procesal Penal.

4.6 Sin embargo, también es necesario tener en cuenta que en esta clase de delitos existe un daño que no necesariamente necesita de prueba, y es el daño moral que sufre la víctima del delito de extorsión y su familia producto de los actos extorsivos. En efecto, cualquier mensaje o llamada extorsiva desencadena una situación de temor, zozobra, angustia, depresión, altos niveles de ansiedad, modifica los hábitos de sueño, interrumpe el curso normal de las actividades de la víctima y su familia, se tiende a sospechar y desconfiar de cualquier persona, permaneciendo evitativa y vigilante en todo momento, entre otras secuelas traumáticas que genera el acto extorsivo, y que muchas veces dejan huellas psicológicas en la víctima y su familia, huellas con las que tienen que convivir de por vida. Por ello, el agraviado y actor civil ha dejado entrever que no se trata sólo de valorar el daño patrimonial que se le ha ocasionado, sino básicamente del daño moral producido a él y a su familia.

4.7 En ese orden de ideas, la suma pactada resulta insuficiente para resarcir la integridad de los daños causados, razón por la cual este Colegiado, considera aumentarla prudencialmente a la suma de dos mil nuevos soles; la cual deberá pagar el acusado en diez cuotas mensuales de doscientos nuevos soles cada una, el quinto día de cada mes, empezando la primera cuota el día cinco de octubre del año dos mil once, y continuando sucesivamente hasta pagar la décima cuota en el mes de julio del año dos mil doce; pagos que se harán a través de Depósitos Judiciales pagados ante el Banco de la Nación y presentados ante el Juzgado de Investigación Preparatoria encargado de la ejecución de la sentencia. Si alguno de los días de pago fuera inhábil, la cuota deberá ser pagada al día siguiente hábil.

QUINTO: EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA CONDENA

Atendiendo a que según el artículo 402° inciso 1 del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria en su extremo penal se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, corresponde disponer la ejecución inmediata de la misma.

SEXTO: COSTAS DEL PROCESO

Teniendo en cuenta que el acusado Sisniegas Campos ha sido vencido en juicio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 500° numeral 1 del Código Procesal Penal corresponde imponerle el pago de las costas del proceso, las mismas que serán liquidadas en ejecución de sentencia si las hubiere.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el artículo 372° inciso 5 del Código Procesal Penal y demás normas invocadas en la presente, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, administrando justicia a nombre de la Nación **FALLA: CONDENANDO** a WILMER SISNIEGAS CAMPOS como autor del delito de EXTORSIÓN AGRAVADA EN GRADO DE TENTATIVA previsto en el artículo 200° primer y quinto párrafo literal "b" del Código Penal, concordante con el artículo 16° del mismo Cuerpo de Leyes en agravio de FERNANDO ENRIQUE GUZMÁN LIÑÁN y como tal se le impone ONCE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD la que computada desde el doce de enero del dos mil once, fecha de su detención, vencerá el once de enero del dos mil veintidós; **FIJARON** en DOS MIL NUEVOS SOLES el pago que por concepto de Reparación Civil deberá abonar el sentenciado a favor de la parte agraviada en la forma y plazo precisado en el cuarto considerando de la presente sentencia; **DISPUSIERON** la **EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA CONDENA** en su extremo penal, cursándose las comunicaciones pertinentes a la autoridad penitenciaria para su ingreso al Establecimiento Penitenciario de Chiclayo; **IMPÓNGASE** el pago de las COSTAS al sentenciado las que serán liquidadas en ejecución de sentencia si las hubiere. Consentida que fuere la presente: **HÁGASE** efectiva la reparación civil en ejecución de sentencia; **EXPÍDANSE** los testimonios y boletines de condena. En su oportunidad **ARCHÍVESE** el presente donde corresponda. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**



**CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL:
CONFORMIDAD RESPECTO DE LOS HECHOS MATERIA DE ACUSACIÓN
Y DELIMITACIÓN DEL DEBATE A LA APLICACIÓN DE LA PENA
Y FIJACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL**

"[...] Luego que se le explicara los derechos que le asistían en juicio y la posibilidad de que la presente causa termine mediante conclusión anticipada, el acusado solicitó la suspensión de la audiencia y reiniciada la misma manifestó aceptar los cargos, no habiendo logrado llegar a un acuerdo respecto de la pena y la reparación civil. Seguido el trámite previsto en el artículo 372° numeral 3 del Código Procesal Penal, mediante resolución número dos de fecha diecisiete de agosto del dos mil once se delimitó el debate sólo respecto de la determinación de la pena y la reparación civil, dando por aceptado los cargos por parte del acusado, y disponiéndose la actuación de los medios de prueba precisados por las partes".

"[...] Este Colegiado considera que en el presente caso resulta absolutamente legítimo imponer la pena de cadena perpetua al acusado Walther David Sáenz Cuba, por cuanto, dada la posibilidad de revisión de la misma a los treinta y cinco años, se salvaguarda la finalidad de la pena prevista en el artículo 139° inciso 22 de nuestra Norma Fundamental".

Base Legal: Const.: Arts. 2.24.d, 139.22°; CP: Art. 173.1°; NCPP: Art. 372.3°; EXP: N° 00010-2002-AI/TC, 0003-2005-AI/TC

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE
JUZGADO PENAL COLEGIADO DE CHICLAYO**

EXPEDIENTE	: 6040-2010
JUECES	: SOLANO CHAMBERGO, GUILLERMO PISCOYA, RODRÍGUEZ LLONTOP
MINISTERIO PÚBLICO	: SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE LAMBAYEQUE
ACUSADO	: WALTHER DAVID SAENZ CUBA
AGRAVIADO	: MENOR DE LAS INICIALES G.C.D.S.G.
DELITO	: VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD

Resolución N° Tres

**Chiclayo, veintitrés de agosto
Del año dos mil once**

VISTA en audiencia oral y pública la presente causa, interviniendo como Director de Debate el magistrado Guillermo Piscoya, se procede a dictar sentencia bajo los términos siguientes:

I. PARTE EXPOSITIVA

1.1 Sujetos procesales:

- Parte acusadora: Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lambayeque.
- Parte acusada: WALTHER DAVID SAENZ CUBA con DNI N° 15582028, natural del distrito de Huacho, provincia de Huaura, departamento de Lima, nacido el nueve de enero de mil novecientos sesenta y seis, de cuarenta y cinco años de edad, hijo de Alfredo Sáenz Tejada y María Rosa Canales Cuba, con domicilio en Centro Poblado Fujimori Fujimori Manzana D Lote N° 18 de la ciudad de Huacho - Lima.
- Parte agraviada: Menor de iniciales G.C.D.S.G. de seis años de edad.

1.2 Alegatos iniciales:

a) De la fiscal:

El menor agraviado vivía junto con sus padres en una casa del Centro Poblado Menor Ciudad de Dios del distrito de San José, lugar donde su madre tenía un restaurante para la venta de pollo a la brasa, llevando a trabajar al acusado para que la ayude en las labores propias del negocio. El acusado entabló amistad con el niño, jugando con él y ganando su confianza. El día ocho de diciembre del año dos mil diez a las quince horas y treinta minutos aproximadamente cuando la madre se disponía salir de compras a la ciudad de Chiclayo, ingresa al ambiente donde funcionaba su restaurante y encuentra que el acusado tenía al menor agraviado sentado sobre sus piernas y con el short abajo, viendo televisión. El acusado al verse descubierto, baja al niño de sus piernas y le sube el short. La madre lleva al niño a su cuarto preguntándole qué le había hecho su "tío" –porque así lo trataba el menor- respondiéndole éste que no le había hecho nada, pero ante

La insistencia de la madre el niño rompe a llorar y le dice “mamá, mi tío no es malo él me dice que me quiere y que me va a mandar plata por el banco, que tú me vas a comprar un carrito de pistas. Sí mamá me ha cogido mi pene y me ha puesto su pene en mi potito”. La madre sale de la habitación, enfrenta al acusado y le pregunta qué es lo que había hecho con su hijo, contestándole que nada, para luego, ante la insistencia de la madre manifestar “que sólo lo había hecho dos veces”. La madre regresa a ver a su niño que no paraba de llorar, circunstancia que es aprovechada por el acusado para coger alguna de sus pertenencias y darse a la fuga, siendo apresado posteriormente en la ciudad de Huacho. Al ser evaluado el menor por el médico legista se determinó que presentaba signos de actos contra natura reciente.

Estos hechos se subsumen en el artículo 173° inciso 1 del Código Penal que tipifica el delito de Violación de Menor de Edad. Solicita que se le imponga la pena de cadena perpetua y diez mil nuevos soles de reparación civil.

Probará su teoría con la declaración del menor agraviado y de su madre María Elizabeth Guzmán de Alcántara; con el examen del médico legista José Antonio Tintaya Delgado respecto del Certificado Médico Legal N° 002187 en el que se concluyó que el menor presentó ano con signos de actos contra natura reciente y en sus genitales externos presentó signos inflamatorios balano prepucial; con el examen de los biólogos Judith del Carmen Chirinos Álvarez y Jesús Oswaldo Quiñónez Esquerre respecto del Informe Pericial de Biología Forense N° 910-10, quienes realizaron en el menor el hisopado anal que arrojó positivo al encontrarse cabezas de espermatozoides; con el examen de la psicóloga Sandra Melisa Ferrari Camus respecto de los Protocolos de Pericia Psicológica N° 000179-2011-PSC y N° 000318-2011-PSC, el primero en el que se evalúa al acusado a efectos de determinar su comportamiento sexual y, el segundo correspondiente a la evaluación psicológica realizada al menor respecto al daño emocional generado a consecuencia de los actos de los cuales ha sido víctima; finalmente con el acta de nacimiento del menor G.C.D.S.G, en la que aparece como fecha de su nacimiento el diecisiete de noviembre del dos mil cuatro, lo que demuestra que al ocho de diciembre del dos mil diez -fecha en la cual sucedieron los hechos- contaba con seis años de edad.

b) Del defensor del acusado:

Refiere que va a centrar su petición en la conclusión anticipada del proceso.

1.3 Posición del acusado frente a la acusación.

Luego que se le explicara los derechos que le asistían en juicio y la posibilidad de que la presente causa termine mediante conclusión anticipada, el acusado solicitó la suspensión de la audiencia y reiniciada la misma manifestó aceptar los cargos, no habiendo logrado llegar a un acuerdo respecto de la pena y la reparación civil. Seguido el trámite previsto en el artículo 372° numeral 3 del Código Procesal Penal, mediante resolución número dos de fecha diecisiete de agosto del dos mil once se delimitó el debate sólo respecto de la determinación de la pena y la reparación civil, dando por aceptado los cargos por parte del acusado, y disponiéndose la actuación de los medios de prueba precisados por las partes.

1.4 Actitud Probatória.

1.4.1 Prueba Pericial.

a) Examen de la psicóloga Sandra Melisa Ferrari Camus.

a.1) Respecto del Protocolo de Pericia Psicológica N° 000318-2011-PSC correspondiente al acusado.

Refiere que luego de evaluarse al acusado concluyó que se muestra lúcido y consciente, tiene bajo control y dominio de sus impulsos, presenta indicadores de personalidad dependiente compulsiva; comportamiento psicosexual inclinado a satisfacer sus deseos y fantasías, sin sentimiento de culpa, llegando incluso a manipular a las personas, en este caso al menor. Al examen dijo que el acusado es una persona emocionalmente insegura, con bajo nivel de autoestima, sigiloso, trata de manipular para obtener lo que quiere de la gente que lo rodea; no controla sus instintos sexuales, desde muy joven ha mantenido relaciones sexuales con personas de su mismo género, manifestó que tenía deseo de querer penetrar al menor cuando lo tenía presente, sabía que eso estaba mal pero no podía controlar lo que sentía, sentía placer y ganas de satisfacer su necesidad y se dejó llevar por lo que quería satisfacer en ese momento, sabía que estar con un menor de edad no era adecuado, sin embargo sus impulsos –que no puede controlar- lo llevaba siempre a buscar la manera de

poder acercarse al niño; vio en el menor a la “persona amada”, era el niño que él engreía, enganchó sus sentimientos o necesidades con el menor, y planificaba su acercamiento, jugando con él, dándole dulces, dinero o prometiéndole comprar cosas; tiene baja tolerancia a la frustración; puso una fachada de él ante la familia que lo acogió; vio al menor débil, frágil y lo trató de manipular de la mejor forma para poder satisfacer y complacer lo que él esperaba; no presenta sentimientos de culpa ni dolor, su personalidad es un peligro para la sociedad y por el poco control de sus impulsos podría cometer hechos similares. Al contraexamen dijo además que su inestabilidad emocional se debe a que su entorno no pudo sostenerlo adecuadamente, respecto de sus padres no ha tenido buenas figuras que le inculquen normas, reglas, valores; el entorno de sus abuelos tampoco ha sido bien sostenido; no lo han vigilado, no habido un control adecuado; con el entorno familiar disfuncional se ha acentuado los rasgos de su personalidad conforme han ido pasando los años; enmascara mucho las cosas y su personalidad dependiente compulsiva hace que planifique lo que quiere, que manipule, que premedite lo que hace, sabía como actuar con el menor. La perito, luego de leer el relato de su vida sexual (punto B Historia Personal) señala que el acusado manifiesta haber sido agredido sexualmente a los trece años y que su agresor lo amenazó con matarlo, sin embargo volvió a tener relaciones sexuales, lo veía como un amigo e incluso días después siguen tomando juntos; si bien ha tenido experiencias homosexuales –lo cual puede ser una agresión sexual–, sin embargo, no sintió ningún trauma, miedo o temor hacia la persona que supuestamente lo había agredido, porque en su segunda experiencia homosexual sintió placer, excitación y agrado; no necesariamente las personas que sufren una agresión sexual más adelante cometen otra; actuaba sigilosamente, en el momento que no estaba la madre, en que nadie lo veía y eso no generaba en él culpabilidad porque volvía a actuar, de haber sentido culpa hubiese actuado de otra manera; el relato del acusado fue claro, explícito, sincero, incluso habló de temas que pudo haber tachado.

a.2) Respeto del Protocolo de Pericia Psicológica N° 000179-2011-PSC correspondiente al menor agraviado.

Al explicar este protocolo, la perito señala que al evaluar al menor se sintió triste incluso lloró por lo que le había sucedido; hasta antes de descubrirse los hechos no sabía por lo que estaba pasando y luego ya lo vio como algo malo; el menor es frágil, emocionalmente inseguro, temeroso; tiene un soporte emocional en las figuras parentales, pero debido a su corta edad, no ha tenido los mecanismos de defensa adecuados para defenderse ante situaciones negativas o estresantes. Se concluye que tiene una reacción ansiosa ante la situación que vivió, pero emocionalmente no tiene los mecanismos de defensa adecuados para defenderse de los problemas, llegando a tener sentimientos de inestabilidad, sintiéndose inadecuado ante el entorno en el que se le encuentra. Al examen además dijo que enganchó con el agresor porque éste le daba muchas atenciones, era al que más protegía, no le pegaba, le daba todo lo que necesitaba y por eso el menor decía “mi tío Walther”; no veía al acusado como una persona negativa o mala hasta que su mamá se enteró de la situación; la discusión entre las figuras parentales por lo que había sucedido, hace que comience a introyectar que lo que le había sucedido era malo; por lo que le ha sucedido debe tener una orientación, una terapia de apoyo; si la familia le brinda un adecuado soporte puede desarrollarse sin ningún problema; si esto no se ocurre podrían darse recuerdos constantes, problemas para dormir y acentuarse muchos otros indicadores, de repente de adolescente sepa lo que le ha sucedido y no lo llegue a asimilar; todo esto depende de la estructura de la personalidad del menor porque todavía no la tiene definida debido a la edad que tiene; se requiere de una psicoterapia especializada y hacer una reevaluación después de seis meses para ver si su estado emocional es estable y si no tiene problemas en sus relaciones sociales con otros niños; de repente pasados unos dos años su desarrollo logra ser entre bueno y malo, o un niño sin ninguna dificultad. El abogado defensor del acusado no formuló contraexamen.

1.4.2 De la Defensa.

1.4.2.1 Prueba Documental.

a) Oficio N° 2010-12724-CORDC-CSJLA-PJ

Se informa que el acusado no registra antecedentes penales, manifestando el defensor que este documento es útil, conducente y pertinente a fin de individualizar la pena respecto a los numerales 11, 12 y 13 del artículo 46° del Código Penal.

II. PARTE CONSIDERATIVA

PRIMERO: DESCRIPCIÓN DE LAS NORMAS APLICABLES AL CASO

1.1 El Ministerio Público ha calificado los hechos en el artículo 173° inciso 1 del Código Penal que tipifica el delito de violación sexual de menor de edad. En ese orden de ideas se debe precisar que incurre en el delito de violación sexual, el agente 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 una persona que tiene menos de diez años de edad.

1.2 El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, entendida como el derecho que toda persona menor de edad tiene al libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, los cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida¹.

1.3 Para la configuración objetiva del supuesto típico del artículo 173° inciso 1 del Código Penal, se requiere: a) El sujeto activo puede ser cualquier persona; b) El sujeto pasivo, una persona que tiene menos de diez años de edad; c) La conducta consiste en tener acceso carnal ya sea por vía vaginal, anal o bucal, entendiéndose el acceso carnal como la introducción del miembro viril en alguna de las vías antes indicadas, así como la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal; y d) En esta clase de delitos es irrelevante el consentimiento que presta la víctima, o la utilización de medios comisivos como la violencia o amenaza. En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, se exige la concurrencia del dolo, es decir, el acto consciente del agente de tener relaciones sexuales o acceso carnal con una persona menor de catorce años de edad.

SEGUNDO: DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS POR LAS PARTES

2.1. DE LA FISCAL:

2.1.1 Habiendo el acusado Walther David Sáenz Cuba aceptado su responsabilidad en los hechos materia de imputación, esto es, ser responsable del delito de violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales G.C.D.S.G de seis años de edad, solicita se le imponga la pena de cadena perpetua en merito al principio de legalidad previsto en el artículo 2° inciso 24 literal d) de la Constitución Política del Estado y a lo dispuesto en el artículo 173° inciso 1 del Código Penal, al no haberse demostrado en el debate que exista circunstancia alguna que modifique su responsabilidad y lleve a darle un menor desvalor a su conducta o un menor grado de reproche.

2.1.2 Por el contrario, el hecho cometido es grave y contrario al orden jurídico, ha vulnerado la indemnidad sexual de un niño de seis años, incapaz de defenderse, pues, ni siquiera entiende que es lo que le está sucediendo, violación que no ocurrió una sola vez sino de manera reiterada, habiendo ocasionado un daño irreparable no solo en el niño sino también en su entorno familiar; pues, sus padres tendrán que aprender a vivir y a superar lo sucedido a su hijo.

2.1.3 El acusado tiene cuarenta y seis años de edad, secundaria completa, siempre contó con empleo y se desenvuolvió en un medio familiar, es decir, tiene un grado cultural que le permite darse cuenta de la gravedad del hecho que cometía contra el niño; tampoco padeció carencias sociales extremas que hayan influido en el acusado para cometer este tipo de delito; no ha tenido confesión sincera de su parte, es más, al ser descubierto se dio a la fuga, siendo capturado posteriormente en la ciudad de Huacho en virtud al mandato de detención preliminar judicial.

2.1.4 Tampoco ha existido por parte del acusado reparación del daño ocasionado, es más, ni siquiera existe arrepentimiento y la perito psicóloga, al momento de ser examinada en juicio, ha señalado que el acusado es un peligro para la sociedad.

2.1.5 Razones por las cuales el Ministerio Público reitera el pedido de pena de cadena perpetua para el acusado y el pago de una reparación civil de diez mil nuevos soles a favor del agraviado.

2.2 DE LA DEFENSA DEL ACUSADO:

2.2.1 El Acuerdo Plenario N° 5-2008, en el punto 19 esgrime: "La confesión, desde una perspectiva general,

¹ Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales. Gaceta Jurídica. Lima 2002. p. 52

es una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo que se atribuye. Como declaración que debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad -comprobación a través de otros recaudos de la causa-)

2.2.2 Su patrocinado, el día en que se le tomó su declaración doce de enero del presente año-, se acogió a la confesión sincera, es más, esta decisión, fue así señalada textualmente por el señor representante del Ministerio Público en su declaración.

2.2.3 A nivel de la etapa de investigación preparatoria la señora fiscal ha solicitado una prueba de homologación de ADN y hasta la fecha no llega; sin embargo, su patrocinado mantiene su convicción de declarar la verdad de los hechos.

2.2.4 Su patrocinado durante la etapa de investigación preparatoria solicitó la terminación anticipada del proceso la cual no se materializó porque no hubo acuerdo entre las partes; sin embargo, el espíritu que versa este nuevo Código Procesal Penal es justamente la de resolver las controversias en el mayor breve plazo posible. Eso es lo que ha querido su patrocinado y llegado a este estadio, se acogió a la conclusión anticipada del proceso.

2.2.5 La psicóloga forense ha manifestado que su patrocinado fue objeto de una agresión sexual, y que eso pudo haber conllevado tal vez a pasar de víctima a victimario. Su entorno familiar disfuncional generó el indicador de baja autoestima, carente de autoconfianza, ha reprimido sus sentimientos y obviamente ha generado un temor a la aprobación social. Estos rasgos de su personalidad han llevado a su patrocinado a que cometa un hecho que es repudiable para la sociedad; pero, también es cierto que vivimos en una sociedad en que no gobierna las voluntades, sino las leyes.

2.2.6 En este sentido, atendiendo a sus condiciones personales, al provenir de una familia desintegrada, no conocer a sus padres, falleció su primer tutor, ha sido víctima de una agresión sexual, ha manifestado en presencia del Fiscal su confesión sincera de los hechos, ha solicitado la terminación anticipada, se ha acogido a la conclusión anticipada y ha reconocido los hechos pese a que hasta la fecha no llega el resultado de la homologación de la pericia forense adscrita a este tipo de informes.

2.2.7 Por tales razones solicita se atenúe la pena a favor de su patrocinado.

2.2.8 Al requerírsele cuál es la pretensión penal que plantea, manifestó que no podría precisarla, que deja a la discrecionalidad de los magistrados imponer una pena de carácter temporal, porque la cadena perpetua no cumpliría la función de resocializarlo ni reeducarlo.

TERCERO: DE LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS

3.1. HECHOS PROBADOS EN MÉRITO A LA ACEPTACIÓN DE CARGOS:

Respecto de los hechos objeto de imputación, en mérito a la aceptación de cargos por parte del acusado, se da por acreditado que:

3.1.1 El día ocho de septiembre del año dos mil diez, aproximadamente a las quince horas con treinta minutos, en el domicilio de doña María Elizabeth Guzmán de Alcántara – madre del menor agraviado- ubicado en el Centro Poblado Menor Ciudad de Dios del Distrito de San José, en un ambiente donde funciona un restaurante para la venta de pollo a la brasa, el acusado tenía al menor de iniciales G.C.D.S.G, sentado entre sus piernas y con su short abajo, y al ser descubierto por la madre del menor, lo baja de sus piernas y le sube su short.

3.1.2 Ante el requerimiento de una explicación por la madre del menor agraviado, tanto a este último como al acusado, el primero manifestó que el acusado le había puesto su pene en su potito, en tanto que el segundo lo contestó que sólo lo había hecho dos veces.

3.1.3 El acusado, luego de haber sido descubierto, cogió algunas de sus pertenencias y se dio a la fuga, siendo posteriormente apresado en la ciudad de Huacho.

3.1.4 Al ser evaluado el menor agraviado por el médico legista José Antonio Tintaya Delgado, este concluyó en su Certificado Médico Legal N° 002187 que el menor agraviado presentó ano con signos de actos contra-natura reciente y en sus genitales externos presentó signos inflamatorios balano prepucial.

En el momento que los peritos biólogos Judith del Carmen Chirinos Álvarez y Jesús Oswaldo Quiñones Esquerre realizaron al menor el hisopado anal, concluyeron en su Informe Pericial de Biología Forense N° 910-10: positivo, al encontrarse cabezas de espermatozoides.

Con el acta de nacimiento del menor de fecha diecisiete de noviembre del dos mil cuatro, se determinó que al ocho de diciembre del dos mil diez, el menor agraviado contaba con seis años de edad.

3.2 HECHOS PROBADOS EN MÉRITO DEL DEBATE PROBATORIO:

Por otra parte respecto de los hechos objeto de imputación, en mérito al debate probatorio, se ha llegado acreditar que:

3.2.1 El acusado tiene una personalidad dependiente compulsiva y un comportamiento psicosexual inclinado a satisfacer sus deseos y fantasías sexuales, sin sentimiento de culpa, habiendo manipulado al menor agraviado a quien observó débil y frágil, con la finalidad de consumir la agresión sexual, siendo consciente de que lo que hacía no era lo adecuado, tal y como se acredita con el examen de la perito psicóloga Sandra Melisa Ferrari Camus, quien depuso en juicio respecto del Protocolo de Pericia Psicológica N° 000318-2011-PSC.

3.2.2 El menor agraviado es frágil, emocionalmente inseguro, temeroso, que debido a su corta edad no ha tenido los mecanismos de defensa adecuados para defenderse ante situaciones negativas o estresantes, y ante la experiencia negativa sufrida en su vida sexual, requiere no sólo de un adecuado soporte familiar sino de una psicoterapia especializada, a fin de poder superar las secuelas negativas que, un daño como el sufrido, pueden generar; tal y como se acredita con el examen de la perito psicóloga Sandra Melisa Ferrari Camus, quien depuso en juicio respecto del Protocolo de Pericia Psicológica N° 000179-2011-PSC.

3.2.3 El acusado no registra antecedentes penales, tal y como se acredita con el oficio N° 2010-12724-COR-DC-CSJLA-PJ de fecha veintinueve de diciembre de dos mil diez expedido por el Jefe del Registro Distrital de Condenas de esta Corte Superior de Justicia.

3.3.- HECHOS NO PROBADOS:

3.3.1 La Defensa Técnica en sus alegatos de apertura no planteó teoría del caso al haber decidido el acusado aceptar los cargos, no habiendo probado ni justificado razonadamente las razones por las cuáles debería imponerse a su patrocinado una pena distinta a la propuesta por la representante del Ministerio Público, y es más ni siquiera propuso un quantum de pena privativa de la libertad de carácter temporal.

CUARTO: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA FRENTE AL TEMA PROBATORIO

4.1 El Principio de Presunción de inocencia consagrado en el artículo 2° inciso 24 literal “e” de nuestra Norma Fundamental, se configura, en tanto regla del juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referidas a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma se pueda inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos.

4.2 Realizada la actividad probatoria, con todas las garantías procesales y sustanciales, este principio ha logrado ser enervado desde la tesis acusatoria en relación al delito de violación sexual de menor de edad que se le imputa al acusado.

QUINTO: JUICIO DE SUBSUNCIÓN O TIPICIDAD

5.1 Efectuado el juicio de subsunción, resulta claro que los hechos debidamente acreditados por la aceptación de cargos del acusado y por el debate probatorio desarrollado en juicio, se subsumen en el tipo penal previsto por el artículo 173° inciso 1 del Código Penal, por cuanto se ha acreditado más allá de toda duda razonable que el acusado Walther David Sáenz Cuba ha agredido sexualmente al menor agraviado de iniciales G.C.D.S.G a través de actos contra natura, cuando este contaba sólo con seis años de edad, hecho que fue descubierto el ocho de diciembre por la madre del menor agraviado.

5.2 En ese orden de ideas su conducta se subsume en el delito de violación sexual de menor de edad previsto en el artículo 173° inciso 1 del Código Penal, que prohíbe mantener relaciones sexuales con menores de diez años de edad.

5.3 Conforme a la aceptación de cargos por el acusado y a la actividad probatoria desarrollada en juicio, es evidentemente que el acusado ha actuado dolosamente, pues, actuó consciente y voluntariamente en la satisfacción de sus deseos y fantasías sexuales, sin importarle el grave daño que causaba al menor.

SEXTO: JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

6.1 En el presente caso no se ha logrado determinar la existencia de causas que justifiquen la conducta del acusado Sáenz Cuba por el delito que se le imputa como para negar la antijuridicidad.

6.2 Con respecto a la culpabilidad, debe considerarse que en el momento de los hechos el acusado Sáenz Cuba era una persona mayor de edad y ha cometido los mismos en pleno uso de sus facultades mentales, sin que existan elementos de prueba actuados en juicio que demuestren lo contrario; además por la forma y circunstancias como se han producido los hechos ha podido comprender la ilicitud de su conducta; e incluso claramente ha tenido la posibilidad de realizar conducta distinta, en consecuencia al resultar el juicio de tipicidad positivo, corresponde amparar la pretensión punitiva postulada por la representante del Ministerio Público.

SÉTIMO: DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

7.1 Para efectos de la determinación judicial de la pena al acusado, debe tenerse en cuenta el marco legal de pena establecido para el delito de violación sexual de menor de edad previsto en el artículo 173° inciso 1 del Código Penal.

7.2 La representante del Ministerio Público, está solicitando se imponga al acusado Sáenz Cuba la pena de cadena perpetua, pena que ha objetado la defensa técnica del acusado, aduciendo que la misma no cumple la función de resocializarlo ni reeducarlo.

7.3 En efecto el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha tres de enero del dos mil tres recaída en el Expediente N° 00010-2002-AI/TC advirtió que la cadena perpetua conforme a la regulación del Código Penal no permite cumplir con los fines constitucionales de la pena previstos en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución, porque como tal impide la reeducación, rehabilitación y reincorporación como fines del régimen penitenciario por su carácter atemporal (ver fundamentos jurídicos desde el 178 hasta el 183). Asimismo consideró a la cadena perpetua contraria a los principios de dignidad humana y de libertad (ver fundamentos jurídicos desde el 184 hasta el 194).

7.4 Sin embargo, en la sentencia de fecha nueve de agosto del dos mil seis recaída en el Expediente N° 0003-20005-AI/TC ha señalado que al haberse introducido con posterioridad a la sentencia mencionada, normas que establecen que la cadena perpetua está sujeta a revisión a los treinta y cinco años de cumplida la pena privativa de libertad a fin de determinar si la misma ha cumplido con los fines antes mencionados, dicho carácter de atemporalidad ha sido superado, razones por las cuales la considera constitucional (ver fundamentos jurídicos desde el 13 hasta el 21).

7.5 En ese orden de ideas corresponde al órgano jurisdiccional, en el caso concreto, verificar si la pena de cadena perpetua satisface las razones que el propio Tribunal consideró como sustento para desestimar la acción de inconstitucionalidad de la pena de cadena perpetua en el Expediente N° 0003-2005-AI/TC.

7.6 Dejó claro también el mencionado Tribunal en esta última sentencia, que la posición asumida no significa que el Derecho Penal se convierta en un Derecho Penal "simbólico", sino que debe responder eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

7.7 Verificado el caso concreto se logra advertir que el acusado a la fecha de su ingreso al penal contaba con

cuarenta y cinco años de edad, lo que significa que éste órgano jurisdiccional, no puede descartar a priori la posibilidad de revisión de su condena cumplidos que sean los treinta y cinco años de pena privativa de la libertad.

7.8 La defensa técnica del acusado también ha sostenido en sus alegatos finales que su patrocinado desde el inicio del proceso se ha acogido a la confesión sincera. Al respecto el Colegiado considera que no se puede hacer merecedor del beneficio de reducción de pena por este concepto, por cuanto después de cometidos los hechos y ser descubierto por la madre, el acusado huye y es capturado mucho después en la ciudad de Huacho en virtud de un mandato de detención preliminar dictado por el órgano jurisdiccional, rindiendo su declaración recién el doce de enero del dos mil once. La aceptación de los cargos que –según refiere su defensa- hizo en su declaración durante la investigación preparatoria, resultaba irrelevante para que el Ministerio Público sustentara su tesis acusatoria, pues a esa fecha la Fiscalía ya contaba con elementos de convicción más que suficientes para vincularlo con la comisión de los hechos, entre ellos el testimonio del menor agraviado y de su madre, así como con el reconocimiento médico legal y la realización del hisopado anal; tal es así que la representante del Ministerio Público logró que el órgano jurisdiccional ampare la medida cautelar de detención preliminar.

7.9 Asimismo el solo hecho que hasta la fecha el Ministerio Público no cuente con los resultados de la homologación de ADN, no es razón suficiente para valorar su aceptación de cargos con fines de una reducción de pena, pues, la solidez del material probatorio ofrecido por el Ministerio Público, hacía que tal resultado, sea fácilmente prescindible.

7.10 Por otra parte, el sólo hecho de haber intentado un proceso especial de terminación anticipada, el cual no habría prosperado por la falta de acuerdo, tampoco puede servir de argumento para beneficiarlo con la imposición de una pena privativa de la libertad de carácter temporal, pues, es facultad del Ministerio Público mantener el quantum o calidad de su pretensión punitiva cuando está frente a delitos tan graves como el que ha sido materia de juzgamiento. En estos casos, el Principio Acusatorio, se impone al Principio de Consenso.

7.11 En relación al beneficio de reducción que le habría correspondido por haber aceptado los cargos al inicio del juicio, este Colegiado considera que la gravedad del hecho, impide que se le pueda imponer una pena distinta, como la pena privativa de la libertad de carácter temporal, pues, el abuso sexual del menor se habría producido no sólo en una oportunidad sino en otras oportunidades más, lo cual se refleja no sólo del relato fáctico de los alegatos iniciales de la representante del Ministerio Público en los que refiere que el acusado habría aceptado ante la madre del menor “que sólo lo había hecho dos veces”, sino también del relato brindado por el propio acusado en su entrevista ante la psicóloga Sandra Melisa Ferrari Camus, del que se advierte que el menor habría sido ultrajado sexualmente hasta en tres oportunidades.

7.12 La defensa también ha solicitado se tenga en cuenta que su patrocinado fue objeto de una agresión sexual lo cual lo pudo haber conllevado a pasar de víctima a victimario, y que su entorno familiar disfuncional generó el indicador de baja autoestima, carencia de autoconfianza, represión de sus sentimientos y temor a la aprobación social. Este argumento de la defensa tampoco puede servir para sustentar la imposición de una pena de menor rigor que la de cadena perpetua, pues, la psicóloga explicó que el antecedente de agresión sexual que registra el acusado no necesariamente es causa que éste se haya convertido en victimario sexual, pues, dejó claro que ante dicha experiencia sexual, el acusado no sintió ningún trauma o temor hacia la persona que dice haberlo agradecido, sino por el contrario se volvió a relacionar sexualmente con él después de los hechos. El sólo hecho de que el acusado provenga de un hogar disfuncional, tampoco justifica la pretensión de la defensa, si se tiene en cuenta, que si bien el acusado podría haber sufrido algunas limitaciones de es este tipo, sin embargo no han sido de una magnitud tal que le haya impedido obrar conforme a derecho, y en juicio quedó claro que sabía perfectamente que relacionarse sexualmente con el menor no era adecuado, sin embargo, lo hizo en más de una oportunidad, en forma sigilosa, planificando su accionar, manipulando a un menor que por su corta edad era frágil e indefenso, y –como dijo la psicóloga- mostrando una fachada distinta de su personalidad ante la familia que lo acogió.

7.13 Por estas razones, este Colegiado considera que en el presente caso resulta absolutamente legítimo imponer la pena de cadena perpetua al acusado Walther David Sáenz Cuba, por cuanto, dada la posibilidad de revisión de la misma a los treinta y cinco años, se salvaguarda la finalidad de la pena prevista en el artículo 139° inciso 22 de nuestra Norma Fundamental.

7.14 Finalmente de conformidad con el artículo 178-A del Código Penal debe disponerse que previo examen médico y del psicólogo, sea sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación, más aún si se tiene en cuenta que la perito psicóloga explicó en juicio que la personalidad del acusado constituye un peligro para la sociedad y el poco control de sus impulsos, podría llevarlo a cometer hechos similares.

OCTAVO: DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

8.1 En cuanto a la reparación civil, según el artículo 93° del Código Penal comprende tanto la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios.

8.2 En el presente caso, atendiendo a la naturaleza del hecho, la reparación civil tiene que fijarse en función de los daños y perjuicios causados, que en este caso está representado por la afectación al desarrollo psico-sexual del menor agraviado.

8.3 En este extremo, la perito psicóloga explicó que el menor agraviado, no sólo necesita de un soporte familiar adecuado, sino de una psicoterapia especializada que le permita superar las secuelas de la experiencia negativa en su vida sexual, terapia cuyos resultados deben ser evaluados periódicamente después de seis meses o tal vez pasado uno o dos años, precisando la psicóloga que si esto no ocurre podrían presentarse en el menor recuerdos constantes, problemas para dormir e incluso acentuarse muchos otros indicadores; incluso existe la posibilidad que llegado a la etapa de la adolescencia no llegara a asimilar aún lo sucedido.

8.4 Este grave daño causado al menor – que dicho sea de paso se extiende a sus padres y a todo su entorno familiar- debe ser de alguna manera compensado, fijando una reparación civil a fin de que el menor agraviado, pueda seguir el tratamiento psicoterapéutico adecuado y de esa manera superar el daño sufrido en su indemnidad sexual.

8.5 La representante del Ministerio Público ha propuesto como pretensión civil la suma de diez mil nuevos soles, monto que este Colegiado lo considera razonable para reparar el daño causado.

NOVENO: EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA CONDENA

Atendiendo a que según el artículo 402° inciso 1 del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria en su extremo penal se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, corresponde disponer la ejecución inmediata de la misma.

DÉCIMO: IMPOSICIÓN DE COSTAS

Teniendo en cuenta que el acusado Sáenz Cuba ha sido vencido en juicio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 500° numeral 1 del Código Procesal Penal corresponde imponerle el pago de las costas del proceso, las mismas que serán liquidadas en ejecución de sentencia si las hubiere.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por los fundamentos expuestos, valorando las pruebas y juzgando los hechos según la sana crítica, en especial conforme a los principios de la lógica, y en aplicación de los artículos citados y además los artículos IV del Título Preliminar, 12, 23, 29, 45, 46, 93, 173, inciso 1 y 178°-A del Código Penal; artículos 393 a 397, 399 y 500.1, del Código Procesal Penal, el Juggado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, administrando justicia a nombre de la Nación, **FALLA: CONDENANDO** al acusado WALTHER DAVID SAENZ CUBA como autor de delito CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL en su figura de VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD previsto por el artículo 173° inciso 1° del Código Penal, en agravio del menor de las iniciales G.C.D.S.G. y como tal se le impone la pena de CADENA PERPETUA la cual podrá ser objeto de revisión al cumplimiento de los treinta y cinco años de pena privativa de la libertad; **FIJARON** en DIEZ MIL NUEVOS SOLES el pago que por concepto de Reparación Civil deberá abonar el sentenciado a favor de la parte agraviada; **DISPUSIERON** la **EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA CONDENA** en su extremo penal, cursándose las comunicaciones pertinentes a la autoridad penitenciaria. **DISPUSIERON** que el acusado sea sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación, para lo cual debe oficiarse al INPE; **IMPÓNGASE** el pago de las **COSTAS** al sentenciado las que deberán ser liquidadas en ejecución de sentencia. Consentida que fuere la presente; **HÁGASE** efectiva la reparación civil en ejecución de sentencia. **EXPÍDANSE** los testimonios y boletines de condena. En su oportunidad **ARCHIVASE** el presente donde corresponda. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL:**42****CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACUERDO**

"[...] Que la presencia del Juggador, no es pasiva para efectos de su homologación que arribaron o acordaron las partes: ya que si bien está obligado a respetar la descripción del hecho de la acusación y una vinculación absoluta a los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (vinculatio facti), por razones de legalidad y justicia, puede, debe y tiene que realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos del título de la imputación, como de la pena solicitada y acordada".

"[...] La pena básica del delito denunciado es de no menor de diez ni mayor de veinte años, siendo que éste se cometió en grado de tentativa, en estado de ebriedad, con responsabilidad restringida (acusado tenía dieciocho años en el momento del hecho); por lo que la pena propuesta –cuatro años suspendida por tres-, conformada en audiencia, se encuentra dentro de los límites exigidos por los artículos, cuarenta y cinco, cuarenta y seis, veintinueve y veintidós del código penal, razón por la cual debe aprobarse dentro de los límites que prevé la ley".

Base Legal: CP: Arts. 16°, 21°, 22°, 45°, 46°, 93°, 101°, 188°, 189.2°, 189.4°; NCPP: Arts. 372.2°, 552°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
 JUZGADO PENAL COLEGIADO DE AREQUIPA**

EXPEDIENTE	: 4142-2009
JUECES	: ARCE VILLAFUERTE, ABRIL PAREDES, CORONADO SALAZAR
ACUSADO	: DIEGO ALONSO MEDINA CUENTAS
AGRAVIADO	: JULIO CÉSAR VASQUEZ ANCALLA
ESPECIALISTA	: MARTA LAZARTE FEBRES
DELITO	: ROBO AGRAVADO-TENTATIVA

Resolución N° Once
Arequipa, cinco de noviembre
Del año dos mil diez

VISTOS:

PRIMERO.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y ACUSADO.- Es el proceso penal número cuatro mil ciento cuarenta y dos del año dos mil nueve, seguido en contra de Diego Alonso Medina Cuentas, nacido en Arequipa el siete de marzo del año mil novecientos noventa y uno, hijo de Álvaro y Rita, de ocupación estudiante, domiciliado en la calle manco Capac número ciento ocho del distrito de Alto Selva Alegre, identificado con documento nacional de identidad número setenta y dos millones trescientos noventa y siete mil seiscientos veintidós, por el delito de Robo Agravado en grado de tentativa, previsto en el artículo ciento ochenta y ocho, ciento ochenta y nueve incisos dos y cuatro, concordante con el artículo dieciséis primer párrafo del código penal, en agravio de Julio César Vásquez.

SEGUNDO.- PRETENSIÓN PUNITIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO.- Mediante requerimiento de acusación y en el alegato de apertura, el Ministerio Público formaliza su pretensión punitiva mediante la atribución de hechos, calificación jurídica y petición de pena que a continuación se indica.

A.- Imputación fáctica: Con fecha 12 de abril del 2009, aproximadamente a las 20:15 horas, circunstancias en que el denunciante se dirigía a realizar una llamada telefónica por inmediaciones del parque Espíritu Santo en el distrito de Alto Selva Alegre, fue interceptado por seis sujetos desconocidos quienes luego de sujetarlo, le sustraen un celular para luego agredirlo físicamente con puñetazos y puntapiés en diferentes partes del cuerpo, así como uno de ellos amenazarlo con un arma punzo cortante a fin de querer causarle cortes en el rostro, para luego darse a la fuga con rumbo desconocido, siendo que mediante intervención se logró ubicar a dos de los presuntos autores, a quienes se intervino en la jurisdicción lográndose identificarlos con los nombres de Diego Alonso Medina Cuentas y Mullisaco Quispe Quispe, que luego de hacerles el registro personal se encontró en poder del primero de los nombrados un celular marca Motorota W230, que el denunciante reconoció como suyo.

B.- Imputación jurídica: El Ministerio Público, considera que los hechos instruidos en contra del imputado, se subsumen dentro del tipo penales del artículo ciento ochenta y ocho, concordante con el artículo

ciento ochenta y nueve, incisos dos y cuatro del primer párrafo, concordante además con el artículo dieciséis del código penal en agravio de Julio César Vásquez Ancalla.

C.- Consecuencia penal que solicita: Solicita la imposición de cinco años de pena privativa de libertad para el acusado.

D.- Consecuencia civil que solicita: No se tiene conocimiento de constitución en Actor Civil, por lo que el Ministerio Público ha solicitado el pago de S/100.00 (cien nuevos soles) por concepto de reparación civil a favor del agraviado.

TERCERO.- ARGUMENTOS DE DEFENSA PROPUESTA POR EL IMPUTADO.- El acusado, en la audiencia de ley, ha reconocido en su totalidad los cargos fácticos que les imputa el Ministerio Público.

CUARTO.- ITINERARIO DEL PROCESO: Que, tramitada la causa con sujeción a las normas establecidas para el juicio oral conforme al Código Procesal Penal, al inicio del Juicio y luego que el Juez le instruyó de sus derechos al acusado presente; y al preguntarle si admite ser autor del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil, éste previa consulta con su abogado defensor, responden en sentido positivo, y se declara confeso en su totalidad de los cargos que le imputa el Ministerio Público. El Juez en ejercicio de sus facultades que le concede el artículo 372º inciso 2 del Código Procesal Penal, suspende por un breve plazo para que conferencien las partes (acusado y defensa con el Ministerio Público), poniéndose ambos de acuerdo, reanudándose la audiencia, y proponen conjuntamente a éste colegiado cuatro años suspendidos por tres de pena privativa de libertad, bajo reglas de conducta. Por lo que se declara la conclusión del juicio, sin necesidad de alegatos por cuanto no hubo estación probatoria y máxime que hubo acuerdo consensuado entre las partes, como se tiene ya referido, emitiéndose la sentencia correspondiente; y

CONSIDERANDO:

Que el establecimiento de la responsabilidad, pena y reparación civil, en un proceso y sentencia “conformada”, supone la aceptación de los cargos por el acusado, la precisión de la normatividad aplicable, y la precisión o individualización de la pena y se determinará la reparación civil.

PRIMERO.- Que el artículo quinientos cincuenta y dos del Código Procesal Penal que ha sido objeto anteriormente de sentencias vinculantes a observar^{1 2 3}, incorpora en nuestro ordenamiento procesal penal nacional, la institución de la “conformidad”, por la cual el Juez director de debates instó al acusado presente si aceptaba ser autor del delito de Omisión a la asistencia familiar materia de acusación como de la reparación civil, quien previa consulta con su abogado y previa suspensión en el caso concreto para dialogar con el señor Fiscal, y luego de alcanzar acuerdo, expresaron en audiencia sus conformidades absolutas por los cargos fácticos que se le imputa como reconociendo su responsabilidad, por lo que se dispuso la conclusión anticipada del juicio, para emitirse luego de la deliberación, la “sentencia conformada”. Cabe mencionar que la institución de la “conformidad” está en el reconocimiento del principio de adhesión del acusado en el proceso penal, en el momento del inicio del juicio oral, aunque con sus propias singularidades, para la pronta culminación del juicio oral a través de un acto unilateral del acusado y su defensa de reconocer los hechos objeto de la imputación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes. Acto procesal que si bien no es un negocio procesal, por excepción como en el caso concreto, tenemos la “conformidad premiada”, cuando el acusado por sí y su abogado en audiencia han conferenciado con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre el quantum de la pena y de la reparación civil, habiendo arribado a un acuerdo consensuado entre las aludidas partes, lo que importa una doble garantía (acusado y su defensa), que significa una renuncia a la actuación de pruebas en juicio público, constituyendo un acto de disposición del propio proceso, conviniendo en la expedición de una sentencia condenatoria en su contra.

SEGUNDO: Por tanto, los hechos se configuran, no a partir de la actividad probatoria de las partes en juicio oral, sino que vienen definidos, sin injerencia del Juggador, por la acusación con plena aceptación del acusado y su defensa, por lo que la sentencia presente, no puede apreciar prueba alguna, primero porque no existe esa prueba en juicio oral, sino, segundo, por la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada, no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones realizadas en la etapa de fiscal o con sujeción al Juez de la Etapa Preparatoria; por lo que se da en éste caso una “predeterminación

1 Acuerdo Plenario No. 5-2008/CJ-116 del 18 de julio 2008, publicado el tres de Nov. 2008, en la sección jurisprudencia, Pág. 6455 al 6460.

2 Ejecutoria Suprema Vinculante No. 1766-2004/Callao del 21 setiembre 2004, publicado en el Diario Oficial El Peruano en Nov. 2004.

3 Ejecutoria Suprema Vinculante No 2206-2005/Ayacucho, del 12 de julio 2005.

de la sentencia”.

TERCERO: Que el acusado presente, en el juicio oral, al expresar su “conformidad” antes referida, consultó previamente con su abogado defensor de su elección y ha actuado con plena libertad voluntad y racionalidad, sin limitaciones de sus capacidades intelectivas, e informado de su derecho por el Juez director del debate y su defensa, de la acusación que acepta, deviniendo con su reconocimiento en una declaración judicial de culpabilidad con la consiguiente imposición de una sanción penal y reparación civil, por lo que éste Colegiado no puede mencionar, interpretar y valorar actos de investigación o de prueba pre – constituida alguna, desde que el imputado con su “conformidad” de los cargos imputados, renunció expresamente a su derecho a la presunción de inocencia como a la exigencia de prueba de cargo de la acusación y a un juicio contradictorio; por lo que los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, no se forman como resultado de valoración de la prueba, sino que le vienen impuestos al Juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de ésta última, que son vinculantes al Juggado Colegiado y a las partes; y ello, por cuanto el relato fáctico aceptado por el acusado presente y que se alude precedentemente, no necesita de actividad probatoria, dado que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción de los hechos; por lo que en éste orden de ideas, el Colegiado no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal, en su requerimiento de acusación y oralizados en su alegato de apertura, y aceptado por el acusado y su abogado defensor; dado que ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, que son excluidos por la propia naturaleza de la “conformidad procesal”. En consecuencia es inaceptable que el Colegiado se pronuncie sobre presencia de pruebas, por cuanto con la “conformidad” del acusado y defensa, ha quedado fijado el elemento fáctico, y es lógico afirmar la inexistencia de pruebas en este momento procesal.

CUARTO: Que la presencia del Juggador, no es pasiva para efectos de su homologación que arribaron o acordaron las partes: ya que si bien está obligado a respetar la descripción del hecho de la acusación y una vinculación absoluta a los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (vinculatio facti), por razones de legalidad y justicia, puede, debe y tiene que realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos del título de la imputación, como de la pena solicitada y acordada.

QUINTO: NORMATIVIDAD PENAL APLICABLE. Conforme al pedido fiscal, tanto de requerimiento de acusación y a lo sustentado en el alegato de apertura en el juicio oral, al acusado presente se le imputan los hechos referidos, cuya subsunción jurídica está en el artículo ciento ochenta y ocho, concordante con el artículo ciento ochenta y nueve, incisos dos y cuatro, concordante además con el artículo dieciséis del código penal y como tal solicita la imposición de cinco años de pena privativa de libertad, y el pago de cien nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del agraviado.

SEXTO: JUICIO DE TIPICIDAD. El tipo del delito de Robo Agravado, requiere de la concurrencia de los siguientes elementos:

Sujetos. El sujeto activo puede ser cualquier que dolosamente haya sustraído con violencia o amenaza u bien patrimonial con la finalidad de obtener una ventaja económica; el sujeto pasivo lo es cualquier persona, con la agravante de haberse perpetrado en horas de la noche y con más de dos personas.

Por ello concurren todos los elementos del tipo penal denunciado, el que ha sido realizado con conocimiento y voluntad conforme se desprende de la declaración del acusado cuando expreso su conformidad al requerimiento fiscal; concurriendo el aspecto subjetivo del tipo. Por lo que, la conducta del acusado, deviene en típica. Sin embargo tal como se ha expresado, el ilícito se realizó en grado de tentativa.

SÉTIMO.- JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD.- En la conducta del acusado, no concurre ninguna causa de justificación eximente ni de inculpabilidad, por lo que le es reprochable su injusto.

OCTAVO.- FIJACIÓN DE LA PENA.- La pena básica del delito denunciado es de no menor de diez ni mayor de veinte años, siendo que éste se cometió en grado de tentativa, en estado de ebriedad, con responsabilidad restringida (acusado tenía dieciocho años en el momento del hecho); por lo que la pena propuesta –cuatro años suspendida por tres-, conformada en audiencia, se encuentra dentro de los límites exigidos por los artículos, cuarenta y cinco, cuarenta y seis, veintinueve y veintidós del código penal, razón por la cual debe aprobarse dentro de los límites que prevé la ley; y presumiendo que la aplicación de dicha suspensión de la efectividad de la pena, le impedirá en el futuro cometer nuevos delitos y por el contrario reforzará en el inculpado la capacidad motivadora de la norma penal, es procedente aprobarla, con las reglas de conducta

propuestas.

NOVENO.- FIJACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL.- Para fijar la reparación civil se tiene en cuenta lo establecido en el artículo noventa tres y ciento uno del Código Penal. Las partes, estas son el acusado y el Ministerio Público, han aceptado la propuesta en la acusación, que es de cien nuevos soles para el agraviado es razonable a las circunstancias del evento delictual del caso concreto, por lo que debe tomarse en cuenta dicho monto.

Por lo que impartiendo justicia a nombre del Pueblo y con el criterio de conciencia que la ley faculta, el colegiado de juzgamiento "A" de la Corte Superior de Justicia de Arequipa:

FALLAMOS:

A: APROBANDO: Mediante la presente sentencia de conformidad, los acuerdos del acusado con el Ministerio Público durante el juicio oral; en consecuencia:

B: DECLARANDO A DIEGO ALONSO MEDINA CUENTAS, cuyos datos de identificación personal se encuentran en la primera parte de esta sentencia; **AUTOR** del delito de robo Agravado en grado de tentativa, previsto por los artículos ciento ochenta y ocho, concordante con el artículo ciento ochenta y nueve, incisos dos y cuatro del primer párrafo, concordante además con el artículo dieciséis del código penal en agravio de Julio César Vásquez Ancalla.

C: IMPONEMOS La pena privativa de libertad de CUATRO AÑOS suspendida por tres, bajo las siguientes reglas de conducta a) prohibición de ingerir licor y/o drogas, b) no portar objetos susceptibles de la comisión de un nuevo delito, c) comparecerá puntual y obligatoriamente cada fin de mes a partir del mes de diciembre del presente año, a justificar sus actividades por ante el juzgado de ejecución; d) Reparará el daño ocasionado con su actuar delictuoso. En la eventualidad del incumplimiento de cualesquiera de estas reglas de conducta, se procederá a dar cumplimiento a lo regulado por el artículo cincuenta y nueve del código penal.

D: FIJAMOS La reparación civil de cien nuevos soles que pagará el sentenciado en favor del agraviado.

D: MANDAMOS una vez firme sea la presente resolución, se cursen los oficios correspondientes, para los fines pertinentes, debiendo tener presente Secretaría la normas sobre Homonimia.

Y por esta mi sentencia leída en acto público, así la pronunciamos, mandamos y firmamos en audiencia pública de la fecha. **REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.**

CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL:**CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CONFORMIDAD Y SU CORROBORACIÓN**

"[...] Cuando se va a imponer una sentencia a una persona se está efectuando un juicio de fundabilidad; si nuestra ley es clara en señalar que la confesión tiene que estar corroborada para el caso de una aceptación, como es una conclusión anticipada, consideramos que también se debe seguir ese mismo sentido, pues para condenar o imponer una sanción a una persona debe existir un juicio de valoración y no sola mente valorar una simple aceptación; en ese sentido, los hechos que se atribuyen a Santiago Solano Merino, de acuerdo a lo que ha señalado el señor fiscal, se encuentran corroborados con los siguientes elementos de convicción; propiamente, con el acta de intervención policial [...]; además existen abundantes documentos como son los resultados preliminares del análisis químico [...]; finalmente, el dictamen pericial de química forense [...]. El mismo acusado Santiago Solano Merino –al margen de lo que hemos señalado- a narrado la forma y circunstancias de cómo es que el mismo habría cometido este ilícito penal [...]".

Base Legal: CP: Arts. 36.2º, 36.4º, 45º, 46º, 296º, 297.7º; NCPP: Arts. 372.1º, 372.4º; AP: N° 05-2008/CJ-116

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
 JUZGADO PENAL COLEGIADO DE PUNO**

EXPEDIENTE	: 123-2011-30
JUEZ	: AUGUSTO JAUREGUI, ISTAÑA PONCE, PAREDES MESTAS
MINISTERIO PÚBLICO	: FISCALÍA ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS DE PUNO
ACUSADO	: FELIX ABARCA HUARACA SANTIAGO SOLANO MERINO
AGRAVIADO	: ESTADO
ASISTENTE DE AUD.	: MADELEYNE JUANA TAPIA PILCO
DELITO	: TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

**Resolución N° Seis
 Puno, dieciocho de julio
 Del año dos mil once**

VISTOS.- El juicio concluido por conformidad, seguido en contra de Santiago Solano Merino por la presunta comisión del delito Contra la Salud Pública en la modalidad de Tráfico Ilícito de Drogas en la forma de Promoción al Tráfico Ilícito de Drogas mediante actos de Tráfico Agravado, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 296° del Código Penal con la agravante contenida en el inciso 7) del primer párrafo del artículo 297° del mismo código ya anotado, en agravio del Estado Peruano; y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Conforme se determina del artículo 296° primer párrafo concordante con el inciso 7) del artículo 297° del Código Penal, "Comete el delito de tráfico ilícito de drogas, la persona que, entre otras circunstancias, trafica con droga mediante actos de tráfico agravado"; este tipo penal, en torno al sujeto activo, no requiere una cualidad específica; en ese sentido, puede cometerlo cualquier persona. Respecto del sujeto pasivo, tenemos amplia jurisprudencia casuística que nos indica que se debe considerar como sujeto pasivo o agraviado, para los delitos de droga, al mismo Estado; el bien jurídico protegido en estos delitos es, precisamente, el de la salud pública, pues es de conocimiento público que la droga resulta ser una sustancia dañina para la salud. Cabe además añadir que este delito es uno doloso, lo cual implica, en el agente, conocer que está promocionando droga y tener la voluntad de hacerlo.

SEGUNDO.- En el caso de autos, el Ministerio Público concretamente ha señalado que Santiago Solano Merino el día dos de junio alquiló el vehículo de placa de rodaje LGE - 460 de su tía Evarista Rojas Solano; que éste vehículo lo contrató con la finalidad de transportar a mineros en la Localidad de Cuajone del Departamento de Moquegua; que por ello le iban a pagar la suma de mil quinientos dólares; que estando al día tres de junio en Moquegua, sub arrendó ése vehículo a la persona cuyo nombre sería Honorato Rojas Abarca; así, éste acusado –Santiago Solano– el día cuatro de junio del año dos mil diez se encontraba en la ciudad de Tacna cotizando un vehículo, se quedó hasta el día ocho de junio fecha en que finalmente retornó a la ciudad de Moquegua donde se encontró con Honorato Rojas Abarca, quien le indicó que le hiciera un transporte de víveres a la Localidad de Desaguadero; Solano Merino no tenía licencia de conducir, por tanto, y también conforme se lo indicó Honorato Rojas Abarca, consiguió un conductor; que precisamente fue Félix Abarca Huaraca, ello en el Mercado Central de Moquegua en la zona donde existen anuncios para este tipo de oficios, ofreciéndole un pago (al segundo nombrado) de trescientos nuevos soles. Es así que partió de la ciudad

de Moquegua con destino a Desaguadero conduciendo el vehículo por una trocha carrozable, y encontrándose en el lugar denominado Huaytiri fue alcanzado por Honorato Rojas Abarca, quien se transportaba en una camioneta; enviaron a Félix Abarca Huaraca a traer agua, en ello, desarmaron la parte posterior del vehículo abriendo una caleta, verificando la existencia de droga; nos referimos en forma específica para esta sentencia a Santiago Solano Merino y a la persona cuyo nombre sería Honorato Rojas Abarca, éste último, luego de la verificación de la droga, les indicó que continuaran su viaje hasta Desaguadero. Es así que Santiago Solano Merino, más la otra persona que lo acompañaba, continuaron su viaje; y encontrándose en la vía binacional a la altura del lugar denominado Punta Perdida, y siendo aproximadamente las catorce horas, el vehículo que estaba conducido, en ese momento, por Santiago Solano Merino, fue intervenido por la Policía Nacional; en el vehículo se encontraron a ambos acusados: Santiago Solano y Félix Abarca Huaraca; al notar nerviosismo –por parte de los efectivos policiales– se procedió a registrar el salón donde se encontraron bolsos de víveres y polietileno, en estas últimas se encontraron paquetes de distinta formas y tamaño, los mismos paquetes que tenían las características de contener droga.

El vehículo fue transportado a la dependencia policial, y una vez ya efectuado el registro en dicho vehículo, se encontraron cincuenta y siete paquetes en dos bolsas de polietileno. Efectuada la prueba de campo inicialmente el contenido de estos paquetes dio positivo para alcaloide de cocaína, con un total de cuarenta y nueve kilos con cero cinco gramos, pero posteriormente, efectuada la pericia u obtenido el dictamen químico forense, se determinó que la droga encontrada, en forma específica, era pasta básica de cocaína con un peso total de cuarenta kilos cero dos gramos. Cabe destacar que conforme lo establece el artículo 297° inciso 7) del Código Penal, es una agravante cuando se trafica con pasta básica de cocaína en una cantidad mayor a veinte kilos, y en este caso, de modo evidente, se estaba traficando con cuarenta kilos, por tanto esa agravante también se ajusta al criterio de tipicidad expresada por el Ministerio Público.

TERCERO.- Iniciado este juicio, el señor fiscal a expuesto los hechos que hemos mencionado, y la defensa de Santiago Solano Merino, al hacer uso de la palabra, señaló que éste acusado se iba acoger a la Conclusión Anticipada. Informado de sus derechos, Santiago Solano Merino, y previa consulta con su señor abogado y además de los otros aspectos adicionales sobre las penas accesorias, él mismo se ha señalado como responsable autor del delito que se le atribuye, a reconocido los hechos y también a aceptado la pena, la reparación civil y también las penas accesorias que posteriormente precisó el Ministerio Público; con ello, y de conformidad con el artículo 372° inciso 4) del Código Procesal Penal, el juzgado, respecto de éste acusado, dio por cerrado el debate e hizo el anuncio para emitir la presente sentencia.

Debemos destacar que en este numeral que hemos citado, precisamente, el Código Procesal Penal prevé que estos juicios bajo estas circunstancias puedan concluir anticipadamente, siempre y cuando exista una aceptación por parte del acusado respecto de los hechos, respecto de la pena, la reparación civil y las otras consecuencias que hemos señalado; por tanto, el juzgado, en este caso, está observando en sentido estricto lo señalado por esta norma, toda vez que no ha existido controversia sino más bien una aceptación a todos los extremos que ha expresado el Ministerio Público por parte del Santiago Solano Merino; por tanto a existido un acuerdo total entre el Ministerio Público y el citado acusado asistido por su señor abogado defensor.

CUARTO.- Es importante tener en cuenta, más allá de algunos aspectos técnicos, que encontramos en bibliografía, que cuando se va imponer una sentencia a una persona se está efectuando un juicio de fundabilidad; si nuestra ley es clara en señalar que la confesión tiene que estar corroborada para el caso de una aceptación, como es un Conclusión Anticipada, consideramos que también se debe seguir ese mismo sentido, pues para condenar o imponer una sanción a una persona debe existir un juicio de valoración y no solamente valorar una simple aceptación; en ese sentido, los hechos que se atribuyen a Santiago Solano Merino, de acuerdo a lo que a señalado el señor fiscal, se encuentran corroborados con los siguientes elementos de convicción; propiamente, con el acta de intervención policial que permite desprender que Santiago Solano Merino se encontraba conduciendo el vehículo de placa de rodaje LGE - 460 el día y hora de los hechos, además, esto permite determinar su vinculación en los hechos; además existen abundantes documentos como son los resultados preliminares del análisis químico que inicialmente concluyeron que lo que se encontró en el interior del vehículo era alcaloide de cocaína; finalmente, el dictamen pericial de química forense, concluyó que ése alcaloide de cocaína, en forma específica, era pasta básica de cocaína y con un peso de cuarenta kilos con cero dos gramos. El mismo acusado Santiago Solano Merino –al margen de lo que hemos señalado– a narrado la forma y circunstancias de cómo es que él mismo habría cometido este ilícito penal. Valorados en conjunto estos elementos de convicción se desprende nítidamente que en este caso se ha cometido el delito que postula el Ministerio Público y también tenemos suficientes elementos de convicción que permiten desprender que Santiago Solano Merino tiene responsabilidad en este hecho como autor por haber

participado durante la ejecución.

QUINTO.- En torno a la pena que ha propuesto el Ministerio Público, es de doce años con once meses; efectuándole una reducción de un séptimo, pues el Ministerio Público a señalado que en este caso la pena que le hubiera correspondido a Santiago Solano Merino hubiera sido el extremo mínimo de quince años, el juzgado considera lo siguiente: en atención a los artículos 45° y 46° y de acuerdo a la información que ha alcanzado en este juicio el señor fiscal, se desprende que Santiago Solano Merino no tiene antecedentes penales ni policiales, lo cual permite desprender que se trataría de una persona que por primera vez comete el delito, además se ha señalado que éste no tiene una ocupación conocida, y en efecto, en los hechos que ha señalado el Ministerio Público se indica que ni siquiera tenía licencia de conducir y por ello es que acudió a Félix Abarca Huaraca, quien habría conocido circunstancialmente en el Mercado de Moquegua. Esta ocupación desconocida, o no ocupación fija, permite desprender que, en efecto, él mismo tendrá carencias económicas, culturales y también –seguramente– social, pues debe dedicarse a diferentes tipos de trabajo, y a decir del mismo imputado que lo a asumido el mismo Ministerio Público, él habría cometido el delito que se le atribuye por necesidad económica.

Bajo estas circunstancias que se han anotado respecto del acusado Santiago Solano Merino, el juzgado considera de que, en efecto, la pena que eventualmente le hubiera correspondido hubiera sido aproximada al extremo mínimo de quince años, pero por haberse acogido a la Conclusión Anticipada y en atención al acuerdo plenario 05-2008/CJ-116, debe efectuárseles, a esos quince años, un séptimo de reducción de pena; el juzgado, efectuado el cálculo correspondiente, a llegado a la conclusión de que la reducción de un séptimo, en torno a esos quince años, finalmente da un total de doce años con once meses cuya pena es la que se debe imponer al acusado Santiago Solano Merino; destacar también que dado que el citado acusado a sido privado de su libertad desde el ocho de junio del año dos mil diez, desde esa fecha se debe efectuar el computo correspondiente para la determinación de la conclusión del cumplimiento de pena.

SEXTO.- En torno a la reparación civil, se ha indicado, por parte del Ministerio Público, que ésta debe ser establecida en la suma de cinco mil nuevos soles, señalando que el imputado no está trabajando, toda vez que está interno. Al respecto, y no obstante que el señor fiscal dijo que inicialmente había pedido un monto superior, el juzgado considera lo siguiente; a los efectos de la reparación civil, el juzgado va a vincularse, en este caso, a los acuerdos a los que han arribado las partes, en torno a dicho monto de cinco mil nuevos soles, el juzgado –además por el principio de congruencia procesal– debe atender al monto que está indicando el señor fiscal y que, reiteramos, a sido objeto de acuerdo con la parte acusada.

SÉTIMO.- En torno a las penas accesorias, se determina que los ciento ochenta días multa que a señalado el señor fiscal calculados en la suma de cinco soles, se ajustan a los criterios de proporcionalidad y además se encuentran –esos ciento ochenta días– dentro también de la pena conminada por el Código Penal; siendo así, este aspecto también debe imponerse en la misma forma propuesta. Respecto a la pena de inhabilitación de cinco años para que el acusado Solano Merino no pueda obtener mandato, cargo, empleo, comisión de carácter público ni tampoco pueda ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria que pueda vincularlo nuevamente a la comisión de delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, el juzgado considera que estos aspectos también son coherentes a la circunstancias y a las calidades personales del acusado que ya hemos mencionado; pena accesoria que además se encuentra prevista en el artículo 36° incisos 2) y 4) del Código Penal; en consecuencia, estos aspectos también deben ser así dispuestos por el juzgado.

OCTAVO.- Cabe destacar, en torno a la actuación del señor fiscal en esta audiencia, que para futuros casos adecue sus intervenciones –en especial sus alegatos– a los criterios que nos otorga o que nos orienta la litigación oral; esto es, señalar su alegato preliminar –como se recomienda– en forma cronológica y señalar cómo es que se piensa demostrar esa posición en el juicio. Con todo ello el Juzgado Colegiado de La Provincia de Puno con la facultad que le otorga el artículo 138° de la Constitución Política del Estado concordante con el inciso 4) del artículo 372° del Código Procesal Penal, con criterio de conciencia; **FALLA:**

PRIMERO.- DECLARANDO a SANTIAGO SOLANO MERINO con DNI 46107923 nacido el veinticinco de julio del año mil novecientos ochenta y seis en el Distrito y Provincia de Andahuaylas Departamento de Apurímac, hijo de Leocio y Flora, como autor del Delito Contra la Salud Pública en la modalidad de Tráfico Ilícito de Drogas en la forma de Promoción al Tráfico Ilícito de Drogas mediante actos de tráfico agravado, previsto y sancionado en el primero párrafo del artículo 296° del Código Penal con la agravante contenida en el inciso Séptimo del primer párrafo del artículo 297° del mismo código en agravo del Estado Peruano

representado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior relativos al Tráfico Ilícito de Drogas, y como tal se le impone la pena privativa de la libertad efectiva de doce años con once meses la misma que se ha iniciado el ocho de junio del año dos mil diez y vencerá el siete de mayo del año dos mil veintitrés.

SEGUNDO.- Se IMPONEN además como penas accesorias al sentenciado SANTIAGO SOLANO MERINO la de inhabilitación por el lapso de cinco años tiempo en el cual no podrá obtener mandato, cargo, empleo, comisión de carácter público, tampoco podrá ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria que puedan vincularlo nuevamente al Tráfico Ilícito de Drogas; además se le **IMPONE** ciento ochenta días multa a razón de cinco soles cada día multa que deberá pagar a favor del Estado.

TERCERO.- Se DISPONE que el sentenciado SANTIAGO SOLANO MERINO ABONE a favor del Estado Peruano, por concepto de reparación civil, la suma de CINCO MIL NUEVOS SOLES. En este sentido, el juzgado hace la atinencia que se aprueban todos los acuerdos expresados en esta audiencia y que también se ordena, por parte del sentenciado, el pago de los costos y costas del proceso.

Juicio Oral

SUBCAPÍTULO II

JUICIO ORAL:

VALORACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y DECISIÓN JUDICIAL FRENTE A UNA ACUSACIÓN ALTERNATIVA

"[...] El Acusado es autor del delito Contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de Tentativa de Homicidio [...]. Como calificación jurídica alternativa propone el delito Contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de Lesiones Graves [...]."

"[...] La intención del autor del hecho no fue victimar al agraviado, sino únicamente lesionarlo, ya que de tener animus necandi, a la distancia en que se encontraba habría disparado certeramente a la cabeza, el corazón o los pulmones del agraviado, causándole inmediatamente la muerte, lo que no ocurrió; y nos llevaría a concluir que la intención del autor fue únicamente lesionar al agraviado hasta poner en peligro inminente su vida, por lo que en el caso de autos la conducta imputada correspondería al tipo penal de lesiones graves, y no tentativa de Homicidio".

"[...] Fiscalía ofrece como medios probatorios las actas de reconocimiento fotográfico del acusado [...] sin embargo de la oración verificada en juicio se tiene que en tales diligencias no ha participado el abogado defensor del acusado, impidiéndose así que su abogado realice un adecuado control de la diligencia, e inclusive, de ser necesario, la posibilidad de recurrir vía tutela al Juez de la Investigación Preparatoria; con lo que queda acreditado que se ha trasgredido gravemente los derechos fundamentales del Acusado".

"[...] No solo carecen de efecto legal y valor probatorio, las pruebas directas obtenidas con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, sino también las indirectas, esto es, aquellas obtenidas como consecuencia de las directas iniciadas por la trasgresión de los derechos fundamentales del Acusado".

Base Legal: Const.: Arts. 139°, 159.4°; CP: Arts. 16°, 106°, 121.1°; NCPP: Arts. IV.1°, IV.3°, VIII, 16.3°, 28.2°, 28.3°, 84.4°, 159°, 189°, 242°, 321°, 325°, 337.2°, 349.3°, 398.3°

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MOQUEGUA SEGUNDO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE MOQUEGUA

EXPEDIENTE	: 2009-00215-91-2801-JR-PE-01.
JUEZ	: ROGER PARI TABOADA
ACUSADO	: CESAR HENRY GUZMAN ROJAS
AGRAVIADO	: ZENÓN CUEVAS PARE
DELITO	: LESIONES GRAVES O TENTATIVA DE HOMICIDIO

Resolución N° Once Moquegua, catorce de julio Del año dos mil diez

ÓRDOS; en audiencia pública, oral, contradictoria y con inmediatez, el juzgamiento incoado contra CESAR HENRY GUZMAN ROJAS por el Delito Contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de tentativa de Homicidio, y alternativamente, por delito de Lesiones Graves, en agravio de ZENÓN CUEVAS PARE; en la Sala de audiencias del Penal de Samegua.

ANTECEDENTES

PRIMERO. De la competencia

Constitución del Juzgado.

Despacha como Juez el Doctor Roger Pari Taboada. Su conformación tiene como fundamento normativo los artículos 16° inciso 3° y 28° inciso 2° y 3° del Código Procesal Penal.

SEGUNDO. Individualización del acusado

CESAR HENRY GUZMAN ROJAS, identificado con Documento Nacional de Identidad número 25842592, nacido el treinta de abril de mil novecientos setenta y siete, natural de El Callao, Lima, de treinta y tres años de edad, hijo de Cesar y Leonor, taxista, secundaria, de estado civil conyugue, recluido en el penal de Samegua, Moquegua.

CONSIDERANDO:**PRIMERO. Actos de imputación de la Fiscalía**

El señor Fiscal expone su alegato preliminar, en los siguientes términos: Que, con fecha cinco y seis de mayo el Acusado visita el domicilio del agraviado, ubicado en la calle Primero de Mayo trescientos diez, del Pueblo Joven Mariscal Nieto, entrevistándose en una primera oportunidad con la hija del agraviado, Paola Cuevas Machaca, en una segunda oportunidad con el hijo del agraviado, Ronald Zenon Cuevas Machaca, manifestando en ambas oportunidades que tenía un encargo para el agraviado; el seis de mayo del dos mil nueve, en circunstancias, que la persona de Elix Magno Puma Peñaloga, se encontraba realizando servicio de taxi, transporta al Acusado a la intersección de la vías Primero de Mayo y Andrés Avelino Cáceres, acordando que le iba a hacer una carrera al día siguiente, pidiéndole el número de su celular, con la finalidad de que lo pueda llamar posteriormente, y le preste el servicio de taxi; mas adelante lo llama el Acusado, quedando registrado su número en el celular del citado testigo. El siete de mayo de dos mil nueve, en circunstancias que el agraviado se encontraba en su domicilio, siendo las cinco y media de la mañana, embarca a su esposa rumbo al terminal, ya que iba a viajar a la ciudad de Tacna, para luego ingresar a su domicilio, estando en el tercer piso, escucha el timbre del intercomunicador, pensando que se trataba de su esposa que se había olvidado algo, el agraviado se dirige a una ventana del segundo piso, donde logra ver al Acusado, quien le manifiesta que tenía un encargo para el profesor Cuevas, por lo que el agraviado se dirige al primer piso, abre la puerta y observa al Acusado, quien saca un arma y le dispara indicándole "ahí está el sobre", el agraviado ve que el Acusado se desplaza hacia la avenida Andrés Avelino Cáceres y la calle Primero de Mayo, mientras el agraviado se desangraba pide auxilio, y toca la puerta donde vive su hija con su yerno, por lo que sale su yerno Irineo Pari Ampasi, quien le aplica un torniquete y lo traslada al hospital controlando así la hemorragia del agraviado, luego el Acusado toma el taxi de Marcelino Miranda Umire, siendo que antes de los hechos el acusado toma sus servicios, y le indica que le espere en dicha intersección, para luego desplazarse hacia el centro de Moquegua, donde se queda el Acusado. Respecto a la calificación jurídica, señala que el Acusado es autor del delito Contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de Tentativa de Homicidio, conducta prevista en el artículo 106°, concordado con el artículo 16°, del Código Penal, como pretensión punitiva solicita quince años de pena privativa de libertad; como reparación civil solicita tres mil Nuevos Soles a favor del agraviado. Como calificación jurídica alternativa propone el delito Contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de Lesiones Graves, conducta prevista en el artículo 121, numeral 1, del Código Penal, como pretensión punitiva solicita ocho años de pena privativa de libertad; como reparación civil solicita tres mil Nuevos Soles a favor del agraviado.

SEGUNDO. Posición de la defensa del acusado

La defensa técnica del acusado, en su alegato preliminar señala: Que, el Acusado ha tenido diversos empleos, conducía una tienda de nombre "Nayeli", un locutorio móvil. La Fiscalía encontró equipos de celular en su domicilio. Nunca ha portado armas; el hecho de tener locutorio permite tener ciertas ofertas, una vez usado los crédito son vendidos en el mercado informal de Las Malvinas, donde ha llegado a parar el equipo mencionado por Fiscalía; América Claro informa que una línea habría sido utilizado en varios equipos, uno del Acusado, otro de Domitila Campos Díaz, así como en el de una policía, de la VII DIRTEPOL, Pasco, a nombre de Mario Quispe; que intercambian con sus propios chip, siendo que coinciden las direcciones de los chips utilizados del acusado y de Domitila Campos Díaz, esas personas a lo largo de la investigación no han sido citadas; el teléfono a nombre de su patrocinado se habría registrado en el celular de un taxista Elix Puma Peñaloga, partiendo de ese registro se hacen averiguaciones, llegándose a determinar posteriormente que el titular de ese chip sería su patrocinado; estos actos ocurren el día once violando derechos fundamentales de las personas, formalmente la empresa Claro recién el diecinueve de junio brinda esa información; antes se habían practicado reconocimientos fotográficos sin presencia de su abogado defensor, tampoco estuvo presente un Juez de Investigación Preparatoria. El dieciséis de mayo su patrocinado ya estaba detenido y la empresa Claro informa con un documento de diecinueve de junio. El Acusado en fechas precedentes, concomitantes y posteriores se encontraba en la ciudad de Lima, apoyando a su madre y esposa, en el curso del día manejaba un taxi, de placa TGS-378; el siete de mayo de dos mil nueve, en horas de la tarde su patrocinado estuvo en el centro comercial Minka del Callao, en una tienda de Nextel, realizando la reposición de un equipo, que había sido suspendido por robo, con su señora madre, ese equipo estaba a nombre de su madre, existiendo un video de ello; al Acusado se le incauta el celular que fue materia de reposición; su patrocinado no ha estado en el lugar de los hechos de la lesión al agraviado, una persona no puede estar en dos lugares a la vez; su patrocinado no se ha trasladado a Moquegua, el Ministerio Público no podrá probar ningún vínculo con su patrocinado; su esposa se encontraba con treinta y siete semanas de gestación.

Pide la absolución del Acusado.

TERCERO. Sobre la conducta típica

A. Tentativa de homicidio

3.1. El delito Contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de tentativa de Homicidio, se encuentra previsto y penado en el Artículo 106 del Código Penal, concordado con el artículo 16 del mismo Código. El artículo 106° prescribe: “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años”. En tanto que el artículo 16°, del citado código, señala que “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo”.

3.2. Sobre la conducta típica

Bien jurídico protegido. En este delito el derecho penal protege la vida humana.

Sujeto activo del delito. Cualquier persona.

Sujeto pasivo del delito. Toda persona.

Tipo Objetivo.

Viene determinado por el hecho de “matar a otro”, es decir a una persona.

Es necesario que entre la conducta exterior del sujeto encaminada a producir la muerte de otro –acción– y el resultado exista relación de causalidad, que ha de ser penalmente relevante ¹.

Para saber si estamos ante una muerte, se tiene presente la Ley 28189, Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, que en su artículo 3, señala: “El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basa en el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas de acuerdo a los protocolos que establezca el reglamento y bajo responsabilidad del médico que lo certifica”.

Tipo subjetivo. Para que pueda darse el homicidio doloso es necesario que el sujeto activo tenga intención de matar (*animus necandi*), pues si solo quiso lesionar (*animus laedendi*) cometerá un delito de lesiones y no el de homicidio ².

Iter criminis. Se consuma con el resultado muerte. Acepta tentativa.

B. Lesiones Graves

3.3. El delito Contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de Lesiones Graves, se encuentra previsto y penado en el Artículo 121.1., del Código Penal, que prescribe: “El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves: 1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima...”.

3.4. Sobre la conducta típica

Bien jurídico protegido. La integridad psicosomática del ser humano.

Sujeto activo del delito. Cualquier persona.

Sujeto pasivo del delito. Toda persona.

Tipo Objetivo.

El delito de lesiones graves se configura cuando el sujeto activo produce en el sujeto pasivo un daño en su integridad física, corporal o salud mental, sin que medie para ello el ánimo de matar ³.

La generación de un peligro inminente de la vida del ofendido, puede aparecer como consecuencia de la deficiente anatomía del mismo (sufre dolencias cardiacas), de la edad de la víctima, del lugar donde penetra la bala, etc. La determinación de la probabilidad de muerte del lesionado, excluye por tanto, que se tomen como referencias el carácter vulnerante de los medios empleados, o la idoneidad genérica de la herida producida o la proximidad del medio lesionante a una zona vital ⁴.

¹ GÓMEZ SERRANO, Alfonso y GÓMEZ MAILLO, Alfonso. Derecho Penal. Parte Especial. Dykinson, Madrid, 2005, Pág. 14

² GÓMEZ SERRANO, Alfonso y GÓMEZ MAILLO, Alfonso. Op. Cit., Pág. 15

³ Diccionario Penal Jurisprudencial. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, Pág. 382

⁴ PENA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte Especial. Idemsa, Lima, 2008, Págs. 238-239

Tipo subjetivo. Es un delito doloso, se requiere en el agente conocimiento y voluntad de desarrollar el tipo objetivo.

Iter criminis. Se consuma con el resultado daño, en la integridad física o la salud, que ponga en peligro inminente la vida de la víctima. Acepta tentativa.

CUARTO: Posición del Acusado en juicio

Que, el acusado Cesar Henry Guzman Rojas, niega los cargos de la acusación. En Juicio Oral señala que, está procesado por un hurto agravado en Lima. Que, es chofer desde hace tres años. Que el siete de mayo de dos mil nueve fue a recoger el carro TGS-378 de la señora Olga Rojas, en la tarjeta de propiedad dice Catalina Contreras Rojas, el chofer del turno noche lo deja a las ocho, y tiene que recogerlo a esa hora, se levanta a las siete, toma la combi y se va hasta Talara, villa el Salvador; había conversado con su mamá para que le dieran la reposición de un equipo Nextel, su madre vive en su casa, que fueron a Nextel a recoger el equipo a las cuatro y cuarto, entraron a Minka con el carro, paga el ticket por estacionamiento por un sol, ingresa con los documentos, se acerca a caja con su mamá para que pague con su tarjeta, regresan al mostrador para que le den el equipo y salen, y deja a su mamá en Faucett y Colonial, y ella se va al local de hamburguesas que está en Pacasmayo, D-13, Albino Herrera, y sigue laborando como chofer, hasta las siete de la noche, va al grifo San Juanito a echar gas natural, y va a entregar el carro; que tiene la guía de remisión y las boletas de gas natural del carro; el equipo celular era de su madre Leonor Rojas Flores, en la empresa Nextel firma una guía de remisión, le pregunta a la vendedora si puede firmar, por eso firma y pone su DNI; tiene tres equipos a su nombre de Nextel; que entra a las cuatro y cuarto de la tarde y sale a las cinco y siete u ocho de la tarde; el contrato de alquiler se quedó con la señora Catalina, después de entregar el carro ayuda a su señora en la hamburguesería, en el mes de mayo usaba un celular claro y uno Nextel, que está a nombre de su señora que no recuerda el número; el Nextel que está a nombre de su mamá es 9801205304; el número 1991610202 es de su propiedad, lo adquiere en Claro de Minka, hace tiempo que no lo tiene porque le vendió en Las Malvinas; lo habrá tenido solo un mes; fue a Claro de Minka a comprar un equipo postpago donde le pidieron el RUC de la bodega, que le convenía para el locutorio móvil, el minuto le costaba tres céntimos con veinte, y realizaba llamadas a cincuenta céntimos, le dan un ZTE color plomo, con cámara, que era promoción del Sony Ericson, comenzaron a trabajar con la señora Mena Gamboa en Colonial; nunca ha viajado a otro departamento, nunca ha visto al agraviado; en mayo ya no tenía el negocio de los celulares, como a su esposa en la repartición de la casa le dieron el cuarto piso con vista a la Avenida, se fue a Villa el Salvador. Que, la tienda estaba a su nombre, nunca ha usado armas de fuego, reconoce la firma y el DNI puesto en la guía de remisión; en el dos mil cuatro tuvo un malentendido en Saga falabella de Lima; se lleva bien con sus vecinos; de joven trabajaba en el Restaurante de su abuela, luego hacia de mensajero a pie, se compró su moto y fue mensajero motorizado, le robaron su moto y saco su licencia de conducir, sacó su carné de taxi y se dedicó a taxear.

QUINTO. Consideraciones sobre la valoración de la prueba actuada en juicio

5.1. Que, con relación a la valoración de elementos de convicción recabados por la Policía Nacional del Perú o el Ministerio Público durante la investigación preparatoria, debe tenerse presente el artículo IV.3., del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que señala que los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter Jurisdiccional. En esa línea el artículo 321 del citado código precisa que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y descargo, que permitan al Fiscal si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Y, con mayor claridad, el artículo 325° del mismo código sanciona que las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Agrega que, para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código. Siendo que únicamente se encuentran autorizadas la lectura de las piezas procesales contempladas en el artículo 383 del citado código. En consecuencia este Despacho no puede valorar para emitir sentencia aquellas actuaciones reproducibles en audiencia, descartándose así de plano la valoración del Informe Policial 121-09-XI-DTPA-RPNP-M/OFICRI-SINSP, Parte policial s/n elaborada por el SO1 Dany Richard Fajardo Chávez, Informe Pericial Psicológico 3261-09-PS, Dictamen Pericial de Análisis de Restos de Disparo RD 4118/09, todos ofrecidos por el Ministerio Público; así como del Certificado Médico Legal 002548-V-D admitido a la defensa del acusado, toda vez que los citados documentos se refieren a diligencias reproducibles, debiendo haberse ofrecido el testimonio del perito o testigo otorgante de los mismos. A mayor abundamiento el Tribunal Constitucional en el Expediente número 8811-2005-PHC/TC, ha señalado que "... el acto que se cuestiona, si bien forma parte de la actividad probatoria, no constituye un acto de prueba, sino

de investigación. Este, a diferencia de aquel, no permite fundamentar una condena. El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar e instructiva, y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura de proceso y juicio oral, y para adoptar medidas cautelares. La condena se apoya en actos de prueba, los cuales se presentan básicamente en el juicio oral...”⁵. Bajo ese marco el Juggador no puede valorar como prueba los documentos antes indicados, por cuanto los mismos en puridad constituyen actuaciones realizadas en la etapa de investigación preparatoria susceptibles de reproducción en juicio, y por tanto elementos de convicción, que no puede servir para fundar una sentencia.

5.2. Que, por otro lado, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala: “1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”; en esa misma línea el artículo 159 del mismo Código, prescribe: “1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”. Estas normas regulan los supuestos de prueba ilícita (principal y derivados –frutos del árbol envenenado, en doctrina–), que no pueden ser valorados para emitir sentencia condenatoria.

El artículo 139 de la Constitución prescribe como garantía de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. En tanto que el artículo 159.4., de la Carta Magna, prescribe que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito; en esa línea, en el artículo 166 de la Carta Magna, prescribe que la Policía Nacional previene, investiga y combate la delincuencia.

Bajo este contexto, constitucionalmente la investigación de delitos se lleva a cabo por la Policía Nacional del Perú, bajo la dirección del Ministerio Público, respetándose por ambas instituciones, en todo momento, el debido proceso y el derecho de defensa del imputado, cuya garantía y cautela no puede estar a cargo de uno de tales órganos, puesto que ambos se encuentran dentro de la línea de persecución penal, en un sistema acusatorio dicha función solo podría cumplirla el abogado del imputado.

Cabe hacer presente que el proceso penal no se inicia con la formalización de la investigación preparatoria, sino con las primeras pesquisas desarrolladas por la Policía o el Ministerio Público, en esa línea el Código Procesal Penal en su artículo 71.4., ha establecido que “Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan”, siendo que la única persona que podría hacer efectivo tal derecho sería su abogado defensor, el que conforme al artículo 84.4., se encuentra facultado para “Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de Investigación por el imputado que no defienda”. Apoya dicha tesis el artículo 337.2. del Código Procesal Penal que establece que “Las diligencias preliminares forman parte de la Investigación Preparatoria”.

Que, por otro lado, en un sistema acusatorio, el reconocimiento de personas, dada su naturaleza y gravedad para la situación del imputado, tiene un procedimiento reglado, que se encuentra contemplado en nuestro Código Procesal en el artículo 189, exigiéndose para su realización la presencia del defensor del imputado o del Juez de la Investigación Preparatoria.

Que, en el caso de autos, Fiscalía ofrece como medios probatorios las actas de reconocimiento fotográfico del acusado, practicados por el agraviado, por Marcelino Miranda Humire, por Ronald Cuevas Machaca, por Indira Paola Cuevas Machaca, y por Elix Magno Puma Peñaloga, sin embargo de la oralización verificada en juicio se tiene que en tales diligencias no ha participado el abogado defensor del acusado, impidiéndose así que su abogado realice un adecuado control de la diligencia, e inclusive, de ser necesario, la posibilidad de recurrir vía tutela al Juez de la Investigación Preparatoria; con lo que queda acreditado que se ha trasgredido gravemente los derechos fundamentales del Acusado (derecho al debido proceso y derecho de defensa), en la obtención de los citados medios probatorios; por lo que los mismos al constituir no pueden ser valorados por este Despacho para emitir sentencia.

⁵ AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth. El Sistema Penal Peruano, según el Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, págs. 338 y 339.

En otro extremo del análisis, conforme al contexto normativo inicialmente expuesto, no solo carecen de efecto legal y valor probatorio, las pruebas directas obtenidas con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, sino también las indirectas, esto es, aquellas obtenidas como consecuencia de las directas viciadas por la trasgresión de los derechos fundamentales del Acusado. Siendo que en el caso de autos, Fiscalía también sustenta su caso en las declaraciones de los testigos Zenon Cuevas Pare, quien en juicio reconoció al acusado como la persona que atentó contra su persona; Marcelino Miranda Humire, quien en juicio reconoció el acta de reconocimiento fotográfico practicado en la investigación preparatoria; Ronald Cuevas Machaca quien en juicio reconoció el acta de reconocimiento fotográfico practicado en la investigación preparatoria así como reconoció al Acusado como la persona que fue a su casa buscando al agraviado, Indira Paola Cuevas Machaca, quien en juicio reconoció el acta de reconocimiento fotográfico practicado en la investigación preparatoria así como reconoció al Acusado como la persona que fue a su casa llevando un sobre para el agraviado; y Elix Magno Puma Peñaloga, quien en juicio reconoció el acta de reconocimiento fotográfico practicado en la investigación preparatoria así como reconoció al Acusado como la persona que le tomó una carrera y le pidió su número de celular. Por lo que respecto a tal información, este Despacho no puede valorarla para emitir sentencia, al resultar, prueba obtenida indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales del Acusado (debido proceso y derecho de defensa).

Cabe hacer presente que respecto a las pruebas ilícitas excluidas no concurre el supuesto de excepción del descubrimiento inevitable por cuanto conforme a la carta remitida por Claro, de fecha diecinueve de junio de dos mil nueve, el día anterior y el mismo día del atentado al agraviado, en un mismo IMEI se habría insertado no solo el Chip correspondiente a la línea del Acusado (511991610202), sino también el Chip correspondiente a la línea postpago 511997558103, que registra como usuario "VIII DIRTEPOL PNP REGIÓN PASCO / MARIO QUISPE", en consecuencia el levantamiento del secreto de las comunicaciones no solo llevaba al Acusado sino también a la persona de Mario Quispe, de quien Fiscalía no ha descartado su participación; por otro lado en la carta también se precisa que se trata de información referencial ya que no necesariamente da certeza plena de la calidad actual de usuario o abonado de la citada línea telefónica.

Finalmente, el artículo VIII.3., del Título Preliminar del Código Procesal Penal taxativamente establece que "La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio"; en consecuencia, si de los medios probatorios excluidos aparece información relevante para su exculpación el mismo podrá valorarse, para emitir sentencia.

SEXTO. Que, del análisis y valoración conjunta de las pruebas actuadas en juicio oral, se ha llegado a establecer lo siguiente:

a. Que, el día cinco de mayo de dos mil nueve a las veinte y treinta horas aproximadamente, cuando Indira Paola Cuevas Machaca se encontraba en su domicilio ubicado en la primera planta de la calle Primero de Mayo trescientos diez, del Pueblo Joven Mariscal Nieto, un hombre toca el timbre buscando a su padre, el agraviado, a quien le señala que no vivía ahí sino al costado, esa persona indica que tiene un sobre de la Municipalidad, y que no podía dejarle porque era personal, para luego retirarse. Lo que se acredita con lo que señalo en juicio por la testigo Indira Paola Cuevas Machaca, quien precisó "el cinco de mayo de dos mil nueve a las veinte y treinta aproximadamente, escucha el timbre de su domicilio y sale, ve por la ventana a un sujeto, abre la puerta y pregunta si, y esa persona le pregunta por su padre, manifestando que no vivía ahí, indicándole que vive al costado, además le dice que no hay nadie, el sujeto pregunta a qué hora viene, a lo que le contesta que no sabría decirle, el sujeto indica de la municipalidad, que tenía un sobre, le pide que deje el sobre, pero indica que es personal y se retira, contándole luego a su esposo"; lo que guarda relación con lo señalado en juicio por su esposo, Irineo Indalecio Pari Ampasi, quien precisó "su esposa le dice que ha venido un hombre extraño, que preguntó por su papá, quería dejar un sobre, cuando le dice que no está prepotentemente le dice cómo que no va a estar", haciéndose presente que el citado testigo entra en confusión respecto al día de tal hecho, sin embargo al respecto debe tenerse como cierta la fecha proporcionada por Indira Paola, quien resulta testigo presencial; sumado a ello se tiene que en la inspección judicial se verificó que se trataba de un inmueble que solo tiene una numeración pero dos puertas de madera a la calle, por ello la persona que buscaba al agraviado en la primera oportunidad que fue a su vivienda entró en confusión y toca la puerta de la mencionada testigo y no la del agraviado, siendo inclusive en esta primera oportunidad prevenido de que la puerta del agraviado era la del costado.

b. Que, el seis de mayo de dos mil nueve a las veinte horas aproximadamente cuando Ronald Zenon Cuevas

Machaca se encontraba en su domicilio ubicado en la calle Primero de Mayo trescientos diez, del Pueblo Joven Mariscal Nieto, un hombre toca el timbre, al ser atendido por Ronald Zenon señala que tiene un sobre del municipio para el agraviado, al indicarle que no estaba y pedirle que deje el sobre, señala que era personal retirándose del lugar. Lo que se acredita con lo señalado en juicio por la testigo Ronald Zenon Cuevas Machaca, quien precisó que “el seis de mayo de dos mil nueve a las veinte horas se encontraba en su domicilio, estaba descansando, tocaron el timbre por lo que baja a atender, es ahí donde se encuentra ..., le pregunta por su señor padre porque tenía que entregarle un sobre, él le dice que no se encuentra y que le deje el sobre, señala que tenía que ser en forma personal y que venía de parte del municipio, le dice que es su hijo, luego éste se retira”, testimonio que guarda relación con lo declarado en juicio por Elix Magno Puma Peñalosa, quién señaló que “el seis de mayo de dos mil nueve sale a taxear en la noche, a la altura del óvalo del cementerio un señor sube y le dice cuánto le cobraba una carrera a Electrosur, le dice dos Soles, llega a Electrosur y le dice que avance, al llegar a la altura de la cervecería Franca, le dice que se de una vuelta en “U”, luego de la vuelta le hace parar a la altura de una llantería, le dice que va a ir a ver a su suegro que es un “berraco”, le da veinte Soles y le dice que no debía moverse, espera como tres minutos y regresa, le pregunta si le puede hacer una carrera más tarde”.

c. Que, el siete de mayo de dos mil nueve a horas cinco aproximadamente, el agraviado se encontraba en su domicilio ubicado en la calle Primero de Mayo trescientos diez, del Pueblo Joven Mariscal Nieto, en compañía de su esposa, para luego a las cinco y treinta aproximadamente salir a la calle y embarcar a su esposa en un taxi rumbo al Terminal, ya que ésta debía viajar a Tacna para atender una cita médica, luego retorna a su domicilio, al poco rato siente el timbre, por lo que se dirige a una ventana del segundo piso, viendo a una persona que le dice que tiene un sobre para el señor Zenon Cuevas, por lo que baja al primer piso y abre la puerta exponiendo medio cuerpo, es cuando siente una explosión y recibe el impacto de una bala en su muslo derecho, para luego esa persona darse a la fuga hacia la avenida Andrés Avelino Cáceres. Lo que se acredita con lo señalado en juicio por el testigo Zenon Cuevas Pare, quien precisó que “el siete de mayo de dos mil nueve a horas cinco estaba en su domicilio, a las cinco y treinta aproximadamente embarca en un taxi a su esposa hacia el Terminal terrestre, ya que iba a viajar hacia la ciudad de Tacna, donde tenía una cita médica; ingresa a su domicilio, prende la radio, estaba a punto de leer un libro, pero siente el timbre, piensa que su esposa había olvidado algo, baja al segundo nivel que tenía las ventanas descubiertas, mira hacia la calle ..., le pregunta ¿sí?, éste le dice “Usted es el señor Zenon Cuevas?”, le responde que sí, el señor le indica que tiene un sobre, mostrándole un sobre manila, por lo que baja por las escaleras hacia el primer nivel, abre la puerta, ..., siente una explosión y el señor dice ‘ahí está el sobre’”; con la declaración en juicio de Irineo Pari Ampasi, quien señaló “el día siete de mayo estuvo despierto desde la dos de la mañana, estaba viendo televisión en su dormitorio, a eso de la cinco de la mañana sus suegros bajan al primer piso, sabe por las pisadas, salen por la puerta parando un taxi, y su suegro regresa y sube, a las cinco y cuarto o veinte tocan el timbre que da donde viven sus suegros, piensa que su suegra se olvidó algo o que los maestros han venido a trabajar temprano, luego siente los golpes de pisada de su suegro que baja, apenas abre la puerta suena un disparo, se levanta y trata de salir pero no encontraba la llave para abrir la puerta, encontró la llave sale y corre para todo lado pero no encuentra nada; ve que su suegro estaba en la vereda desangrándose, emanaba bastante sangre del muslo derecho”; con la declaración en juicio de Ronald Cuevas Machaca, quien señaló “el siete de mayo de dos mil nueve en horas de la madrugada escucha el timbre y su padre baja a atender la puerta, antes su padre había despachado a su madre para que viaje a la ciudad de Tacna a hacerse atender, después escucha un sonido como si reventaran un cuetillo, después escucha que padre llama a su cuñado pidiendo auxilio, baja y encuentra a su padre que estaba frente a la puerta donde vive su hermana, estaba herido en la pierna derecha, le estaba emanando sangre, sale su cuñado y le indican que el hombre que había disparado se había ido con dirección a Samegua”; con la declaración en juicio de los peritos Lita Maribel Llosa Guillen, Domenica Noelia Barreto Zavala y Danilo Hernán Benaente Portilla quienes se ratificaron de los Dictámenes Periciales 132-09 y 133-09, donde se concluye que en el domicilio del agraviado se encontró un impacto ubicado en la pared anterior de la puerta interior producido por proyectil disparado por arma de fuego de calibre aproximado nueve mm, que el casquillo corresponde a una pistola semiautomática, calibre 380” auto, marca Winchester, y el proyectil a cartucho para pistola semiautomática, calibre 380” auto; con la declaración en juicio del perito Lourdes Villamarín Poblete quien se ratificó del Dictamen Pericial 489-09, donde se concluye que en la inspección criminalística en Biología Forense realizado en el exterior e interior del inmueble sito en la calle Primero de Mayo trescientos diez, pueblo joven Mariscal Nieto, Moquegua se halló abundante mancha sanguínea de origen humano del grupo “O”; los que guardan relación con la declaración brindada en juicio por Marcelino Miranda Umire, quien señaló que “el siete de mayo de dos mil nueve en la madrugada estaba taxearando, su turno es de noche, a las cinco estaba por la zona roja, le tomó el taxi la señora que tiene su kiosco al lado del ‘Opus’, la llevó hasta 28 de julio, cuando retornaba nuevamente a la zona roja como a las cinco y cuarenta más o menos, en la esquina de primero de mayo le hizo el alto un

joven, tenía una mochila, y portaba un sobre manila, tenía gorro negro, una polera caqui, le pregunta si le podía llevar al terminal, a lo que le dijo que sí, quedó en dos soles cincuenta, deja su mochila en el asiento de copiloto, y le dice que le espere un ratito que iba a sacar a su esposa y a su hija, se fue, quedándose a esperar en la esquina, como se demoraba dio retro para que suban de frente al taxi, pero esa persona regresa y le dice que le espere ahí no más porque su suegro era bien 'jodido', esperó un rato y luego escucho como el sonido de una puerta, luego llega el señor, y le dice que le lleve al terminal, dijo groserías, que se quede con su hija pero que me dé a mi hija, da la vuelta y se dirige al terminal, a la altura del Módulo Penal le indica que vaya por la calle Lima, en la intersección de la calle Amazonas le dice que pare que se quedaría, le paga con veinte soles y se va apresuradamente, y continua trabajando como taxista. Escucha en la noticia que habían atentado contra el señor Zenon Cuevas, por lo que de curioso va al lugar, ve gente amontonada y un charco de sangre, recién se imagina que esa era la carrera que había hecho”.

d. Luego del atentado el agraviado es auxiliado por Irineo Pari Ampasi, quien para un taxi, sube al agraviado y lo lleva a Essalud, en el camino le hace un torniquete para evitar que siga saliendo más sangre, y al ver que el agraviado estaba mal le practica un masaje cardiaco. Lo que se acredita con la declarado en juicio por el agraviado, quien señaló que “primero sale su yerno, después sale su hijo, su yerno para el taxi, lo introduce y lleva al hospital”; así como con lo declarado en juicio por Irineo Pari Ampasi, quien señaló que “para un taxi y lleva a su suegro al hospital de Essalud, antes de aplica un torniquete, a la altura de la comandancia ve que su suegro está muy mal, por lo que lo tiende en el asiento posterior del taxi y le hace un masaje cardiaco”.

e. La lesión sufrida por el agraviado se encuentra acreditado con la declaración en juicio de la médico legista Sonia Medalith Núñez Leyua, quien se ratificó de los certificados médicos 1864-V y 2588-PF-HC, donde se señala que el agraviado presentó “herida de forma circular, con pérdida de sustancia, de 1.3 cm de diámetro, de bordes irregulares con tendencia a la inversión, se aprecia tejido celular subcutáneo y muscular en el fondo, localizada a nivel de cara anterior interna de tercio proximal de muslo derecho; herida de forma circular de 1 cm de diámetro, con bordes irregulares, ‘estrellados’, localizada a nivel de cara posterior interna de tercio medio de muslo derecho”, y concluye “herida perforante por proyectil de arma de fuego”; así como con la declaración en juicio de Lita Maribel Llosa Guillen y Danilo Hernán Benaunte Portilla quienes se ratificaron del Dictamen Pericial 132-09 donde se concluye que el agraviado presenta una herida de curso perforante con orificio de entrada en muslo, pierna derecha, cara interna, y orificio de salida en cara posterior, producido por proyectil disparado por arma de fuego PAF, calibre nueve mm.; Los que guardan relación con la declaración en juicio del perito Lourdes Villamarin Poblete quien se ratificó del Dictamen Pericial 490-09, donde se concluye que en la muestras examinas (short pijama, camisón pijama, bata y sandalias), se halló abundantes manchas sanguíneas de origen humano del grupo “O”; así como con el dictamen pericial de biología forense 536-2009 e informe técnico de balística forense 001-10, ratificados en juicios por los peritos Flora Luz Martínez Gómez, Danilo Hernán Benaunte Portillo y Domenica Noelia Barreto Zauala; con las Copias fedateadas de la historia de emergencia del agraviado, oralizadas en audiencia; con Constanca de Atención Médica e Informe médico 100-UAMRYC-DRAMOQ-ESSALUD-2010, oralizados en juicio por el Actor Civil.

f. De lo expuesto se advierte que en el caso de autos se encuentra plenamente acreditado que el agraviado sufrió un atentado contra su integridad física; sin embargo, respecto a la autoría del mismo por parte del Acusado no sucedería lo mismo, toda vez que en juicio Ministerio Público no ha probado que el sujeto activo del delito sea Acusado, como tampoco ha podido desacreditar con suficiencia la versión dada en juicio por el Acusado. Cabe hacer presente que conforme artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, el Ministerio Público tiene el deber de la carga de la prueba, y con tal objeto asume la conducción de la investigación desde su inicio.

g. Que, en autos, a criterio de este Despacho, el Acusado ha probado que el día de los hechos se encontraba en la ciudad de Lima prestando servicio de taxi, e inclusive en horas de la tarde fue a un local de Nextel ubicado en Minka acompañando a su madre Leonor Rojas Flores a efectuar la reposición del equipo celular. Lo que se acredita con lo declarado en juicio por el Acusado, y por Leonor Rojas Flores, quien señaló que “el siete de mayo de dos mil nueve antes de ir a su trabajo a eso de las siete le dice a su hijo que le vaya a recoger a su trabajo, de donde sale a las cuatro, porque quería hacer un trámite para su Nextel, su hijo fue a buscarla antes de las cuatro, se van en el taxi de su hijo al centro comercial Minka, entran por la cochera, su hijo paga el boleto, luego se dirigen a la oficina de Nextel, donde piden un ticket de espera, toman asiento en sillas de espera hasta que les llaman, se acerca con su hijo para hacer los trámites de reposición de su Nextel, luego se van a caja a un costado, donde paga con su tarjeta Mibanco, luego regresan de nuevo a la ventanilla, su hijo recibe el equipo, firma y se retiran los dos; siempre anda con su hijo, es su único hijo,

usa lentes no ve bien, se fueron a su local y su hijo se fue a hacer taxi”, y guarda relación con los siguientes indicios: i) Carta de NEXTEL CGL-1788/09 de 30 de Julio de 2009, oralizado en juicio, que remite en CD-ROM el video de seguridad de la empresa Nextel del día de los hechos, visualizado en juicio, siendo que si bien el video no tiene una adecuada nitidez se puede apreciar con claridad el registro de la fecha del día de los hechos, como también se aprecian a dos personas realizando una transacción en las oficinas de Nextel, una de sexo femenino muy parecido a Leonor Rojas Flores, quien concurrió a juicio, y otra de sexo masculino muy parecido al Acusado, presente en juicio, en el video se ve a la persona de sexo masculino con un polo blanco con el signo de la marca “Nike” y con el numero “90” en un círculo, en la parte del pecho, y con un gorro tipo militar camuflado; ii) Copia del Diario La República de 18 de Junio de 2009, visualizado en juicio, donde se advierte la fotografía del Acusado en el momento de su captura por la Policía el dieciocho de junio de dos mil nueve, en dicha foto se ve al Acusado con un polo blanco con el signo de la marca “Nike” y con el numero “90” en un círculo, en la parte del pecho, igual al que se observó en el video de seguridad antes mencionado; iii) Acta de Allanamiento y Registro Domiciliario practicado en el domicilio del Acusado en Lima, oralizados en juicio, donde se encuentra, entre otros, un gorro tipo militar camuflado semejante al que se observó a la persona de sexo masculino en el video de seguridad antes mencionado, un celular marca Motorola IMEI 001601131023670, seis sobres color celeste de la empresa Claro, donde en uno se advierte pegado el número de celular usado en los hechos, como en otro el número que el Acusado señala haber adquirido en plan postpago, y que la empresa Claro le dio en promoción uno prepago con el número usado en los hechos, objetos que fueron exhibidos por el Ministerio Público en juicio, siendo que respecto a tales equipos el Acusado en juicio ha sostenido que los vendió en el mercado informal Las Malvinas, versión que Fiscalía no llegó a desacreditar a lo largo juicio; iv) Carta de la empresa NEXTEL CGL-0047/10 de 06 de Enero de 2010; y, Guía de Remisión 230-0001192 / remitente, oralizados en juicio, donde se advierte que se trata de una copia para el remitente, que tiene como fecha el siete de mayo de dos mil nueve, que se realizó un trámite de reposición de equipo celular IMEI 001601131023670, el mismo que se encontró en el domicilio del Acusado, que aparece una firma ilegible en el rubro “recibí conforme”; que aparece escrito de modo poco legible el número 25842591, que corresponde al número de celular del Acusado; v) Declaración en juicio del perito grafotécnico Jorge Carlos Rivera Carhuancho, quien se ratificó en juicio del dictamen pericial número 09-2010, que concluye que la firma que aparece trazada en el espacio geográfico “recibí conforme”, en el original de la Guía de Remisión 230-0001192, emitido por la empresa Nextel con fecha siete de mayo de dos mil nueve, a nombre de “Leonor Rojas Flores” proviene del puño gráfico de Cesar Henry Guzman Rojas, cabe hacer presente que el citado documento es el original de la Guía de remisión mencionada en el punto precedente; vi) Dos comprobantes de Caja de la empresa NEXTEL emitidos el siete de Mayo de dos mil nueve a nombre de Leonor Rojas Flores, que acreditaría el pago efectuado por Leonor Rojas Flores, madre del acusado, el día de los hechos en la empresa Nextel; vii) Declaración en juicio de Marcelino Miranda Umire, quien ha señalado categóricamente que el Acusado no es la persona le tomó los servicios de su taxi hacia el domicilio del agraviado el día de los hechos.

h. Cabe hacer presente que si bien Fiscalía ha oralizado en juicio la carta remitida por Claro, de fecha diecinueve de junio de dos mil nueve, donde aparece que el titular de la línea prepago 1991610202, es el acusado, el que guardaría relación directa con el número registrado en el celular del testigo Elix Magno Puma Peñaloga el día de los hechos; no ha desacreditado la versión del Acusado en el sentido que el citado celular el Acusado al mes de adquirido lo vendió en el mercado informal de Las Malvinas, conociéndose por regla de la experiencia que las personas cuando pretenden deshacerse de un equipo lo venden a terceras personas para obtener una ganancia, regla que Fiscalía estaba en la obligación de desacreditar por tener la carga de la prueba. Acude en beneficio del Acusado el hecho de que en la carta oralizada en juicio también se precisa que se trata de información referencial que no necesariamente da certeza plena de la calidad actual de usuario o abonado de la citada línea telefónica.

i. Respecto a los actos de reconocimiento fotográfico practicados por el agraviado, por Marcelino Miranda Humire, por Ronald Cuevas Machaca, por Indira Paola Cuevas Machaca, y por Elix Magno Puma Peñaloga, que constituyen prueba ilícita, si bien no pueden usarse para condenar, pueden valorarse para absolver, al efecto en juicio se ha oralizado el acta de reconocimiento fotográfico practicado por el agraviado, donde señala que la persona que atentó contra su persona era “de tez trigueña clara”, siendo que de las fotos que se le muestra, al Acusado se le asigna el número dos, cabe hacer presente que en juicio se ha oralizado el formato de entrevista al imputado, víctima o testigo, donde el agraviado señala el día de los hechos “tez clara”, luego precisa “no pudiendo especificar por cuanto estaba oscuro”; en el caso del acta de reconocimiento fotográfico practicado por Marcelino Miranda Humire, se consigna a la persona que tomó sus servicios de taxi el día de los hechos como de “tez clara”, siendo que de las fotos que se le muestra al Acusado se le asigna otra vez el número dos, siendo que en juicio el citado testigo señaló categóricamente que el Acusado

presente en audiencia no era la persona que le tomó los servicios de su taxi el día de los hechos; respecto al acta de reconocimiento practicado por Ronald Cuevas Machaca se consigna a la persona que llevó un sobre a su domicilio el día anterior al de los hechos como de “tez trigueña claro”, siendo que de las fotos que se le muestra, al Acusado otra vez se le asigna el número dos, cabe hacer presente que el citado testigo leyó en juicio su declaración brindada en la investigación preparatoria donde señaló que la persona era de “tez clara”, y al pedírsele explicación señaló que para él el acusado presente en audiencia era de tez clara; al efecto cabe hacer presente que el acusado presente en juicio es de tez morena, no es trigueño; respecto al acta de reconocimiento practicado por Indira Paola Cuevas Machaca se consigna que la persona que llevó un sobre a su domicilio dos días antes al día de los hechos era de “tez trigueña”, siendo que de las fotos que se le muestra, al Acusado otra vez se le asigna el número dos, cabe hacer presente que la citada testigo leyó en juicio su declaración brindada en la investigación preparatoria donde señaló que la persona era de “uno sesenta de estatura y de tez blanca”, y al pedírsele explicación señaló que ante los medios siempre dijo que era de tez trigueña y que ella media uno cincuenta y seis, cabe hacer presente que el Acusado presente en juicio mide aproximadamente uno setenta de estatura; respecto al acta de reconocimiento practicado por Elix Magno Puma Peñaloga se consigna a la persona que le tomó los servicios de taxi y le pidió su número de celular como de “tez trigueña ni muy blanco ni muy trigueño”, siendo que de las fotos que se le muestra, al Acusado otra vez se le asigna el número dos, cabe hacer presente que el citado testigo en la oportunidad de pedírsele que preste juramento dudó, solo al exigírsele lo hace, por otro lado en juicio ha señalado que le toma la carrera de nueve a diez de la noche, y que pudo ver al Acusado por la luz del alumbrado público y la luz del salón de su auto que estaba encendido, al efecto cabe hacer presente por regla de la experiencia que los conductores de los vehículos, incluyendo los taxistas no circulan con la luz del salón encendido, por lo que su aseveración en tal sentido no resulta creíble. Cabe hacer presente que conforme a lo declarado en juicio por José Espinoza Fernández, quien en el tiempo de los hechos se desempeñaba como Jefe de la Divincri, antes de que llegue formalmente los datos del titular de la línea del celular usado el día de los hechos, señala que informantes anónimos le proporcionan el nombre del Acusado, sin embargo dicho procedimiento (recepción de información de parte de informantes) no fue ofrecido como prueba por el Ministerio Público. En este contexto una apreciación conjunta de lo expuesto en este ítem nos lleva a concluir que no existe certeza por parte de quienes han practicado los reconocimientos respecto al color de piel del autor de los hechos, siendo que ninguno ha precisado que se trate de una persona morena como es Acusado presente en juicio, lo que llevaría a concluir que los mismos al practicar los reconocimientos habrían incurrido con confusión con el verdadero autor de los hechos.

j. Por otro lado, la Fiscalía en el caso de autos no ha acredita el móvil que el acusado habría tenido para pretender victimar al agraviado, ya que conforme a lo expuesto tanto por el acusado como por el agraviado éstos no se conocían, en consecuencia éste no tenía motivo para realizar los hechos que se les imputa, no puede concluirse que sea por lucro, por cuanto ello no se encuentra en la teoría del caso de Fiscalía, como tampoco en juicio se ha actuado medio probatorio que apunte a tal conclusión; por el contrario en juicio se ha acreditado que el Acusado cuenta con familia funcional, con conuiviente e hijos, con domicilio conocido, con trabajo de taxista, y dueño de una bodega, conforme a lo declarado por Leonor Rojas Flores, Feliz Carlos Gamarra Salas, y el propio acusado, así como con el reporte de registro activo en la SUNAT oralizado en audiencia, con el acta de entrega de especies al Acusado, oralizado en audiencia, done se hace mención que cuenta con licencia de conducir Q25842591.

k. De lo expuesto se concluye que Fiscalía en el caso de autos no ha probado que el Acusado sea el autor del atentado que sufriera el agraviado, no ha logrado destruir la presunción de inocencia de que goza constitucionalmente el Acusado, por lo que concurre respecto al mismo presupuesto de absolución; sin embargo, cabe hacer presente que como se expuso anteriormente, sí está probado que el agraviado sufrió un atentado contra su persona, cuyo autor no es el Acusado, pero sí otra persona, que debe ser individualizado por el Ministerio Público, por lo que debe remitirse copias certificadas al Ministerio Público para que continúe las investigaciones hasta dar con el verdadero autor del hecho, habida cuenta que conforme a la carta remitida por Claro, de fecha diecinueve de junio de dos mil nueve, el día anterior y el mismo día del atentado al agraviado, en un mismo IMEI se habría insertado no solo el Chip correspondiente a la línea del ahora Acusado (511991610202), sino también el Chip correspondiente a la línea postpago 511997558103, que registra como usuario “VIII DIRTEPOL PNP REGIÓN PASCO / MARIO QUISPE”, en consecuencia el levantamiento del secreto de las comunicaciones no solo llevaba al Acusado sino también a la persona de Mario Quispe, respecto del cual Fiscalía no ha establecido su no participación en los hechos.

l. En otro extremo, fiscalía ha imputado al acusado alternativamente dos tipos penales, Tentativa de Homicidio y Lesiones Graves, sin embargo a efectos de absolver al acusado del delito imputado debe establecerse

el supuesto normativo donde subsumiría la conducta atribuida; al efecto conforme se ha expuesto en el considerando tercero para distinguir entre tales tipos penales se toma en cuenta primordialmente la intención del sujeto activo, en el primer caso su dolo debe estar dirigido a matar a la víctima (animus necandi), en tanto que en el segundo su intención debe ser de lesionar a la víctima (animus laedendi); en el caso de autos, conforme a lo expuesto en juicio por la médico legista Sonia Medalith Núñez Leyva, la lesión al agraviado “rompió piel, tejido celular subcutáneo, músculo, venas y arterias delgadas, sin una atención adecuada en una hora aproximadamente podría haber producido shock hipovolémico; que no es difícil dar con la arteria femoral, es un vaso grande; para una muerte rápida podría dispararse en la cabeza, el corazón o los pulmones”, lo que debe concordarse con lo expuesto en juicio por agraviado quien refirió que la persona que atentó en su contra “estaba a una distancia de aproximadamente cincuenta centímetros”; lo que evidentemente nos lleva a concluir que la intención del autor del hecho no fue victimar al agraviado, sino únicamente lesionarlo, ya que de tener animus necandi, a la distancia en que se encontraba habría disparado certeramente a la cabeza, el corazón o los pulmones del agraviado, causándole inmediatamente la muerte, lo que no ocurrió; y nos llevaría a concluir que la intención del autor fue únicamente lesionar al agraviado hasta poner en peligro inminente su vida, por lo que en el caso de autos la conducta imputada correspondería al tipo penal de lesiones graves, y no tentativa de Homicidio.

m. En consecuencia el Juezador concluye que el acusado Cesar Henry Guzmán Rojas, no habría intervenido en la perpetración del delito Contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de Lesiones Graves, previsto y penado en el Artículo 121.1., del Código Penal, en agravio de Zenón Cuevas Pare, por lo que debe absolverse de los cargos formulados por el Ministerio Público en su contra.

SÉTIMO. De las costas

El artículo 497° del Código Procesal Penal, establece que el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse de oficio sobre el pago de las costas. En el presente caso, las partes han tenido motivos razonables para litigar por lo que debe eximirse en el pago de costas.

Fundamentos por los cuales el Juezador del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, en atención al contenido del artículo 398° del Código Procesal Penal; impartiendo Justicia a nombre de la Nación;

FALLA:

PRIMERO. ABSOLVIENDO a CESAR HENRY GUZMAN ROJAS, cuyas generales de ley han sido precisadas en los antecedentes de esta sentencia, de la acusación formulada por el Ministerio Público por el delito Contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de Lesiones Graves, previsto en el Artículo 121.1., del Código Penal, en agravio de Zenón Cuevas Pare. **DECLARAR** sin lugar a pronunciamiento la imputación por el delito de Tentativa de Homicidio, previsto en el artículo 106, concordado con el artículo 16, del Código Penal, al haberse subsumido la conducta imputada en el tipo penal por el que se absuelve.

SEGUNDO. Se DISPONE la inmediata libertad de CESAR HENRY GUZMAN ROJAS, la cesación de todas las medidas de coerción dispuestas contra el mismo, así como la devolución de todas sus pertenencias incautadas o requisadas, para lo que deberá cursarse los oficios respectivos. Haciéndose presente que conforme al artículo 398.3. del Código Procesal Penal, la libertad del imputado y el alzamiento de las demás medidas de coerción se dispone aún cuando la presente sentencia no esté firme.

TERCERO. Se DISPONE el **ARCHIVO DEFINITIVO** del presente proceso, debiendo procederse a la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que generó el caso, para lo que deberá oficiarse a las autoridades correspondientes; todo una vez que sea consentida y/o ejecutoria que sea la presente.

CUARTO. Se EXIME a las partes del pago de costas.

45

JUICIO ORAL:**RETIRO DE ACUSACIÓN**

"[...] Que, Ministerio Público retira su acusación porque en juicio se habría acreditado que el Acusado habría actuado en la creencia de que era aplicable el artículo 45 de la Resolución de Contraloría número 459-2008-CG, y en ese sentido, bajo la creencia de que no se encontraba obligado hacer entrega del cargo en la forma exigida por la entidad agraviada. Al efecto cabe hacer el análisis si efectivamente no concurre el elemento subjetivo del tipo penal, o es que tampoco concurre el elemento objetivo".

"[...] Que, la Resolución Presidencial número uno – dos mil ocho P /CD-PERPG, de fecha diecinueve de diciembre de dos mil ocho, oralizada en audiencia, deja sin efecto la Resolución Administrativa que encarga al Acusado el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno del Proyecto Especial Pasto Grande, y precisa que debe hacer entrega del cargo de acuerdo a Ley. Al efecto debe tenerse presente que el delito de Rehusamiento de actos funcionales, solo puede ser cometido por un funcionario o servidor público; sin embargo, conforme al texto de la Resolución administrativa antes mencionada, que fue consentida, según el informe oralizado en audiencia, el Acusado primero fue cesado en sus funciones, y luego obligado a entregar el cargo; por lo que al haberse dejado sin efecto su nombramiento como encargado de la Jefatura de la OCI, ya no era funcionario público, en consecuencia, éste no podría cometer el ilícito que se le imputa; siendo que al momento que se le crea la obligación de entregar el cargo, este ya no era funcionario público. Resultando así la conducta que se imputa al Acusado atípica objetivamente, por lo que resultaría procedente el pedido de retiro de acusación formulado por Fiscalía".

Base Legal: Const.: Arts. 2.7º, 2.9º, 23º, 26.2º; CP: Arts. 36.1º, 36.2º, 377º, 387º; CC: Art. 38º; NCPP: Arts. VIII, 16.3º, 28.2º, 28.3º, 159º, 202º, 203.3º, 214º, 387.4.a, 387.4.b; Ley N° 27785: Art. 18º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MOQUEGUA
SEGUNDO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE MOQUEGUA**

EXPEDIENTE : 216-2009-89-2801-JR-PE-01
JUEZ : ROGER PARI TABOADA
ACUSADO : NAZARIO SALVADOR VELÁSQUEZ NINA
AGRAVIADO : PROYECTO ESPECIAL REGIONAL PASTO GRANDE DE MOQUEGUA
DELITO : PECULADO POR APROPIACIÓN Y REHUSAMIENTO DE ACTOS FUNCIONALES

**Resolución N° Once
Moquegua, dieciséis de abril
Del año dos mil diez**

OÍDOS; en audiencia pública, oral, contradictoria y con inmediatez, el juzgamiento incoado contra Nazario Salvador Velásquez Nina, por los delitos de Peculado por apropiación y Rehusamiento de actos funcionales, en agravio del Proyecto Especial Regional Pasto Grande de Moquegua, representado por el Procurador Público Anticorrupción de Moquegua y el Representante Legal del Proyecto; en la Sala de audiencias del Módulo Penal.

ANTECEDENTES**PRIMERO. De la competencia**

Despacha como Juez el Doctor Roger Pari Taboada. Su conformación tiene como fundamento normativo los artículos 16º inciso 3º y 28º inciso 2º y 3º del Código Procesal Penal.

SEGUNDO. De los sujetos procesales

2.1. Identificación de las partes: A. Por el Ministerio Público, el señor Fiscal Adjunto al Provincial en lo Penal Doctor Manuel Armando Bernedo Dang; y B. Por la defensa del acusado, el mismo acusado, abogado Nazario Salvador Velásquez Nina.

2.2. Individualización del acusado: Nazario Salvador Velásquez Nina, identificado con Documento Nacional de Identidad número 04434679, sexo masculino, fecha de nacimiento veintiocho de julio de mil novecientos sesenta y nueve, de cuarenta años de edad, Lugar de Nacimiento Moquegua, estado civil Casado, Abogado,

nombre del padre Pedro, nombre de la madre Elena, domicilio real y procesal en calle Ancash 834, Moquegua.

TERCERO. Itinerario del procedimiento

El acusado Nazario Salvador Velásquez Nina fue objeto de denuncia penal por parte del Gerente General Proyecto Especial Regional Pasto Grande, con fecha diecisiete de marzo de dos mil nueve, procediendo Fiscalía a la realización de las diligencias preliminares de investigación. Ministerio Público formaliza la investigación preparatoria en fecha cinco de mayo de dos mil nueve y concluye en fecha dieciséis de noviembre de dos mil nueve. En la etapa intermedia se llevo a cabo la audiencia de control de acusación, expedido el auto de enjuiciamiento, remitido a este Juzgado Penal Unipersonal, se emite el auto de citación a juicio oral. Llevado a cabo el juicio oral en audiencia pública; se recibió las declaraciones del acusado, de los testigos admitidos en el auto de enjuiciamiento, y del perito Alfredo Taco Nina, admitido en juicio; se procedió a la oralización de la prueba documental admitida en el auto de enjuiciamiento. El Proyecto Pasto Grande cumplió con exhibir la tarjeta de control de asistencia de diciembre de dos mil ocho del Acusado, informó que desconoce de la existencia de un inventario del catorce de febrero de dos mil siete. Se admitió como medios probatorios finales el oficio cero once – dos mil nueve – CG/OCI, el oficio cuatro treinta y nueve – dos mil nueve – CG, el acta de inventario notarial de fecha catorce de febrero de dos mil siete, la notificación al acusado de la resolución administrativa que lo cesa, así como un informe del estado del expediente administrativo. Actuada la misma y oídos el alegato Final de Fiscalía, del abogado defensor y la autodefensa del acusado, cerrado el debate, el proceso se encuentra expedito para emitir sentencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Actos de imputación de la Fiscalía

El señor Fiscal sustenta su caso, en los siguientes términos: Que, el acusado se desempeñaba como jefe de la OCI del Proyecto Especial Pasto Grande, el catorce de marzo de dos mil seis se le autoriza a que saque del Proyecto una Laptop hacia la ciudad de Lima, para realizar acciones de control no programadas, siendo despedido el veintidós de diciembre de dos mil ocho, y no hace la devolución del citado bien, este bien debió ser ingresado al termino de su periodo vacacional; el citado bien fue asignado a su persona en función de su cargo; también se ha apropiado de dos memorias USB, de dos y cuatro gigabytes, dos tomos del libro manual laboral para la actividad pública y privada, un libro de proceso administrativo disciplinario, y toda la suscripción de *Ius Gestión pública*, de propiedad del Proyecto Pasto Grande, los que se le entregó en custodia por razón del cargo que ejercía, como encargado de la Jefatura de Control del Proyecto Especial Pasto Grande. Por otro lado, una vez despedido no ha efectuado la respectiva entrega de cargo, actividad propia e inherente de calidad de funcionario público, pese a los requerimientos efectuados. También pese a los requerimientos para la devolución de los bienes que se le ha entregado no lo ha efectuado. Respecto a la calificación jurídica, señala que el Acusado es autor del delito de Peculado por apropiación, conducta prevista en el Artículo 387 Código Penal, y del delito Rehusamiento de actos funcionales, conducta prevista en el Artículo 377 Código Penal. El Ministerio Público, como pretensión punitiva solicita cuatro años de pena privativa de libertad; inhabilitación por el plazo de tres años, conforme al artículo 36, numerales 1 y 2, referido a la función y cargo; y cuarenta días – multa. Como reparación civil solicita seis mil Nuevos Soles a favor de la entidad agraviada.

SEGUNDO. Del retiro de acusación por el delito de Rehusamiento de actos funcionales

2.1. Que, Ministerio Público al formular su alegato final ha procedido a retirar la Acusación contra Nazario Salvador Velásquez Nina, únicamente por el delito de Rehusamiento de actos funcionales, en agravio del Proyecto Especial Regional Pasto Grande de Moquegua, representado por el Procurador Público Anticorrupción de Moquegua y el Representante legal del Proyecto; sustentando su requerimiento en que si bien se habría acreditado en juicio oral los elementos objetivos del tipo penal prescrito en el artículo 377 del Código Penal, que prescribe: "El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo..."; no sucede lo mismo con el elemento subjetivo, toda vez que, si bien el Acusado habría actuado con conocimiento del tipo objetivo, no habría actuado con voluntad de cometer el citado ilícito, sino con la voluntad de cumplir con lo prescrito en el artículo 45 de la Resolución de Contraloría número 459-2008-CG. Corrido traslado al Actor Civil, representante del Proyecto Especial Pasto Grande, señaló que no tiene ninguna objeción, siendo que el Acusado manifestó estar conforme con el requerimiento fiscal.

2.2. Que, conforme al artículo 387.4.º del Código Procesal Penal “Si el Fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, retirará la acusación”. En el caso de autos, Ministerio Público en su alegato de apertura imputó al Acusado el hecho de que una vez despedido de su cargo de Jefe encargado de la OCI del Proyecto Especial Pasto Grande, no efectuó la respectiva entrega de cargo, actividad propia e inherente a la calidad de funcionario público, pese a los requerimientos efectuados.

2.3. Que, Ministerio Público retira su acusación porque en juicio se habría acreditado que el Acusado habría actuado en la creencia de que era aplicable el artículo 45º de la Resolución de Contraloría número 459-2008-CG, y en ese sentido, bajo la creencia de que no se encontraba obligado hacer entrega del cargo en la forma exigida por la entidad agraviada. Al efecto cabe hacer el análisis si efectivamente no concurre el elemento subjetivo del tipo penal, o es que tampoco concurre el elemento objetivo.

2.4. Que, la Resolución Presidencial número uno – dos mil ocho P /CD-PERPG, de fecha diecinueve de diciembre de dos mil ocho, oralizada en audiencia, deja sin efecto la Resolución Administrativa que encarga al Acusado el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno del Proyecto Especial Pasto Grande, y precisa que debe hacer entrega del cargo de acuerdo a Ley. Al efecto debe tenerse presente que el delito de Rehusamiento de actos funcionales, solo puede ser cometido por un funcionario o servidor público; sin embargo, conforme al texto de la Resolución administrativa antes mencionada, que fue consentida, según el informe oralizado en audiencia, el Acusado primero fue cesado en sus funciones, y luego obligado a entregar el cargo; por lo que al haberse dejado sin efecto su nombramiento como encargado de la Jefatura de la OCI, ya no era funcionario público, en consecuencia, éste no podría cometer el ilícito que se le imputa; siendo que al momento en que se le crea la obligación de entregar el cargo, éste ya no era funcionario público. Resultando así la conducta que se imputa al Acusado atípica objetivamente, por lo que resultaría procedente el pedido de retiro de acusación formulado por Fiscalía.

2.5. Que, a mayor abundamiento, el tipo objetivo imputado al acusado requiere para su configuración que el agente omita algún acto de su cargo; bajo este supuesto, el cargo, por mandato normativo o del instrumento de gestión de la entidad, debe crear en el agente la obligación de desarrollar un acto; en el caso de autos, Ministerio Público en su imputación original señalaba que el Acusado no había efectuado la respectiva entrega de cargo, actividad propia e inherente de su calidad de funcionario público; al efecto y sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, cabe hacer el análisis de si el imputado estaba obligado o no por mandato normativo a efectuar la entrega de cargo.

2.6. Que, debe tenerse presente que el artículo 45 de la Resolución de Contraloría número 459-2008-CG precisa “En los casos de separación definitiva, de culminación del encargo o de suspensión de la función de control, el Jefe del OCI tiene la obligación de hacer entrega documentada del cargo al funcionario o servidor que determine la Contraloría General, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de notificación del acto respectivo, salvo que por razones debidamente sustentadas se autorice una ampliación del plazo”. Respecto a la vigencia de este dispositivo, se tiene que el mismo fue publicado en el diario oficial El Peruano el uno de noviembre dos mil ocho, y conforme a su disposición quinta, entró en vigencia a los treinta (30) días de su publicación, esto es, el treinta de noviembre del mismo año, cuando el Acusado aún se encontraba laborando en su cargo de Jefe encargado de la OCI del Proyecto Especial Pasto Grande; en consecuencia, el Acusado por mandato normativo se encontraba facultado para entregar el cargo en el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación del cese en su función, y obligado a entregar el cargo a funcionario o servidor que determine la Contraloría General; en esa línea, el hecho de que el Acusado no haya entregado el cargo dentro de los tres días siguientes a su cese, no constituye omisión alguna a acto propio de su cargo. Resultando contrario a Derecho, interpretar que al Acusado, al momento de su cese, le era aplicable la Resolución de Contraloría Número 114-2003-CG, toda vez que la misma fue expresamente dejada sin efecto (derogada) por la Resolución de Contraloría número 459-2008-CG, vigente desde el treinta de noviembre de dos mil ocho. Con lo que otra vez se ratifica que la conducta imputada al Acusado resulta atípica objetivamente; resultando fundado el pedido de Fiscalía de retiro de la acusación en tal extremo.

TERCERO. Posición de la defensa en juicio

El Acusado ejerciendo su defensa técnica, señala: Que, estamos ante un caso de entrega de cargo; que el veintidós de diciembre de dos mil ocho, se le entrega una Resolución Presidencial del Proyecto Pasto Grande por el que debe entregar el cargo a la señora Madeleine Robles Cristóbal; señala que por cumplir con la Ley está siendo procesado; que el artículo 45º de la Resolución de Contraloría 459, de dos mil ocho, precisa que debe entregar el cargo a un funcionario que determine la Contraloría General de la República; el mismo día

el Acusado remite una comunicación al Presidente del Proyecto indicando que estaba dispuesto a entregar el cargo y los bienes de la institución pero conforme al artículo 45° antes mencionado, indicándole que le dé respuesta para hacer entrega de cargo; que no tiene los bienes; que el día treinta de diciembre no le permiten el ingreso, hace de conocimiento de la Fiscalía de prevención del delito, e incluso hacen un descerraje, que ha asistido hasta el 29 de diciembre conforme se encuentra en las tarjetas de control de asistencia, nunca se le ha requerido formalmente, solo existe la resolución presidencial, no puede entregar el cargo a una persona que indica el Presidente, hay normas de contraloría que se tiene que respetar; respecto a la colección de Lus Pública de Grijley esa suscripción fracasó; los USB son bienes fungibles, el objetivo de todo esto era entrar a las oficinas de control interno para desaparecer medios probatorios, de ciertas irregularidades funcionales que su Despacho venía observando, y han desaparecido, se realiza un inventario con una notaria en media hora, cuando en el dos mil siete, con el notario Valencia Huiza se demora toda una semana, porque se debe tomar folio por folio de cada expediente que existe, el objetivo era perjudicar a su persona. El catorce de marzo de dos mil ocho va a patrimonio para tramitar una boleta de desplazamiento para llevar la Laptop a Lima. La dejó el anterior jefe de control interno. Finaliza pidiendo su absolución.

CUARTO: Declaración del Acusado en juicio

Que, el acusado Nazario Salvador Velásquez Nina, niega los cargos de la acusación. En Juicio Oral señala que, fue Jefe encargado de control interno del Proyecto Pasto Grande, que se le designó en la encargatura, bajo la vigencia de la Resolución de Contraloría 114 de dos mil tres, toma conocimiento de la Resolución de Presidencia cero cero uno – dos mil ocho, el veintidós de diciembre de dos mil ocho, por la que se le despide y se le ordena entregar el cargo a Madeleine Robles, por supuestas faltas graves, como no haber marcado tarjeta de asistencia, haber estado libando licor, y supuesta falsificación de documentos; no tiene en su poder la Laptop, que está en el Proyecto Pasto Grande, sí sacó el bien del proyecto, siendo que por su cuenta fue a control patrimonial a sacar una boleta de desplazamiento, pero muy bien pudo llevar sin esa papeleta y nadie se daba cuenta, el regreso del bien no hay por qué comunicar a patrimonio, está a su Disposición en las oficinas de control interno, los demás bienes están en las oficinas de control interno, toda la colección Lus Pública no existe, que llega mes a mes, era de treinta y seis tomos sino se equivoca, solo habían llegado tres a cuatro tomos; el mismo veintidós de diciembre de dos mil ocho remite una carta al Presidente indicando que el artículo 45 de la Resolución de Contraloría 459, precisa que debe entregar el cargo a un funcionario que determine la Contraloría General de la República, y que establece un plazo de diez días, y le solicita que le dé respuesta para hacer entrega del cargo, ese artículo 45 es igual para Jefe encargado o titular. Que, uno recibe las pecosas pero los bienes llegan posteriormente; se le ha requerido con una carta notarial los bienes, pero no la entrega de cargo; si ya habían hecho descerraje qué bienes iba a entregar. No sabe de la existencia de tres días para la entrega de cargo. El treinta de diciembre no le dejan entrar y ese día se lleva a cabo el descerraje. Lo han querido votar por la corrupción que existe en el Gobierno Regional. Las llaves de todas las oficinas obran en el Proyecto. No era función de la notaria hacer un descerraje, no lo llaman para el descerraje, por lo que opta por ir a prevención del delito. Los expedientes principales que han querido modificar son los que puso en conocimiento de la Fiscalía, un caso por un millón de soles, donde había declaraciones que no se habían enviado aún a Fiscalía, otro caso de peculado del Gerente que cobra en Lima estando en Tacna. El Gerente general entra con la consigna de sacarlo. Contraloría dice que no puede pronunciarse porque existe una acción de amparo. En su oficina Laboraban Guido Rojas como Auditor contable, y otro auditor, el Acusado era el Jefe. El 2007 esa oficina estaba abandonada. El Acusado hace todo el trámite en contraloría para que le reconozca como Jefe de esa oficina, nadie le entrega el cargo por eso es que se hace un inventario con Notario, encontrándose más de ciento cincuenta expedientes.

QUINTO. Sobre la conducta típica del delito de Peculado

El delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado por apropiación, se encuentra previsto y penado en el primer párrafo del artículo 387° del Código Penal, que prescribe: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...”.

Bien jurídico protegido. Tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: a) garantizar el principio de la no lesiudad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad¹.

¹ ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116. Fundamento Jurídico 6.

Sujeto activo del delito. Solo puede ser un funcionario o servidor público.

Sujeto pasivo del delito. La administración pública.

Tipo Objetivo. Elementos para su configuración ²:

a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c) Apropriación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo, caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

Tipo subjetivo. Se requiere que el agente haya actuado con conocimiento y voluntad de desarrollar el tipo objetivo.

Iter criminis. En el caso del delito de Peculado (artículo 387°), la consumación está marcada, en su primera modalidad, por el apoderamiento o apropiación que realiza el funcionario público del bien mueble o inmueble (caudal o efecto en terminología de Código Penal) ³.

SEXTO. Consideraciones sobre la valoración de la prueba actuada en juicio.

Que, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala: "1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona."; en esa misma línea el artículo 159° del mismo Código, prescribe: "1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona". Estas normas regulan los supuestos de prueba ilícita (principal y accesoria –frutos del árbol envenenado, en doctrina–, que no pueden ser valorados para emitir sentencia condenatoria).

El artículo 2.7°, de la Constitución Política del Estado, prescribe que toda persona tiene derecho a la intimidad personal; y, el artículo 2.9°, prescribe que toda persona tiene derecho "a la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración."

En otro extremo, el artículo 23°, tercer párrafo, de la Constitución precisa que: "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador."; en esa misma línea, el artículo 26.2°, de la Carta Magna, prescribe: "En la relación laboral se respetan

² Op. Cit. Fundamento Jurídico 7.

³ RÓJAS VARGAS, Fidel S. El Delito Preparación, Tentativa y Consumación. Editorial Idemsa. Lima, 2009. Pág. 625.

los siguientes principios: (...) Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.”

Asimismo, el artículo 139º de la constitución prescribe como garantía de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

En otro extremo, el artículo 159.4º., de la Constitución, prescribe que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito; en esa línea, en el artículo 166 de la Carta Magna, prescribe que la Policía Nacional previene, investiga y combate la delincuencia.

Bajo este contexto, constitucionalmente la investigación de delitos se lleva a cabo por la Policía Nacional del Perú, bajo la dirección del Ministerio Público, respetándose en todo momento el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, el debido proceso y el derecho de defensa del imputado. Sin embargo, no todos los derechos son absolutos, aceptándose su restricción en determinados supuestos, flagrante delito, grave peligro de su perpetración, supuestos de necesidad o peligro por la demora, y orden judicial.

Es bajo ese marco constitucional que, el artículo 202º, del Código Procesal Penal, prescribe con taxatividad: “Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”, en esa misma línea el artículo 203.3., del mismo Código, ordena: “Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial”.

Que, en ese contexto, el artículo 214º, del Código Procesal Penal, prescribe “1. Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto”. Este precepto desarrolla, en su última parte, los lugares que debe entenderse como domicilio, citando como tal la casa habitación, la casa de negocio, sus dependencias cerradas, el recinto habitado temporalmente, y cualquier otro lugar cerrado. A mayor abundamiento sobre el tema, el artículo 38, primer párrafo, del Código Civil, prescribe: “Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, (...)”.

Que, en el caso bajo análisis cabe precisar, si el Despacho donde ejercía función pública el Acusado puede servir para preservar la intimidad de una persona y si el mismo puede ser reputado domicilio. Respecto al primer punto, se tiene presente que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución, de lo que cabe resaltar que es derecho inherente a la persona y segundo que la Constitución solo la reconoce no la constituye; en esa línea, el funcionario público al ser una persona, revestida de funciones públicas, su derecho a la intimidad no desaparece sino que se traslada junto a él, incluso a su centro laboral, lugar donde por contrato laboral, se encuentra obligado aceptar cierta intromisión en su derecho, pero no ilimitadamente, así conserva con reserva de terceros el contenido de sus efectos personales, celular, gavetas de su escritorio personal, medicamentos que consume para algún tratamiento, etcétera; en tal sentido en el centro laboral si existen espacios de intimidad personal, que deben ser respetados y preservados por terceros incluyendo el Estado, con mayor razón si los derechos fundamentales deben interpretarse bajo el principio Pro – Homine. Con relación al segundo punto, de si el Despacho del acusado puede ser considerado domicilio, se tiene que conforme al Código Civil todo funcionario domicilia en el lugar donde ejerce sus funciones, ello no solo debe tenerse en cuenta con fines de ubicuidad, sino principalmente, porque las personas pasan buena parte de su vida en el espacio físico donde ejercen su función, donde usan los bienes cedidos por la institución para el desempeño de la función pública, tienen diversos efectos personales y reservados; y principalmente archivos relacionados a la función pública que ejerce, que en determinados casos pueden ser de acceso a cualquier persona, pero en la mayoría de casos solo puede ser de acceso al funcionario, y a la entidad de la depende funcional y administrativamente, que en el caso del Acusado no era el Proyecto Especial Pasto Grande sino la Contraloría General de la República (artículo 18º de la Ley 27785), respecto de los cuales responde funcionalmente; en adición a ello, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley Número 27785, prescribe el principio de reserva de las actuaciones de control. Bajo este contexto no resulta válido afirmar que el espacio físico usado y

ocupado por un funcionario público pueda ser objeto de allanamiento por cualquier persona, siendo que el mismo se encuentra protegido constitucional y legalmente hasta la entrega voluntaria del funcionario a la autoridad competente, o en caso de no efectuarlo hasta el ingreso autorizado por autoridad competente y con respeto a las garantías del afectado.

Con lo que queda claro que, si se pretende obtener prueba para incriminar un hecho delictuoso, no puede allanarse un lugar cerrado, lugar donde ejerce sus funciones un funcionario público, sin mandato judicial solicitado por Fiscal, salvo que exista flagrante delito o peligro inminente de su perpetración. Como tampoco pueden realizar actos de investigación como registro de inmuebles o documentos, terceros distintos a la Policía Nacional o el Ministerio Público.

Que, en el caso de autos, Fiscalía pretende sustentar su caso en las siguientes pruebas directas: Acta de constatación notarial, practicada por la doctora María Isabel Giselle Vera Kihien con fecha treinta de diciembre de dos mil ocho, con participación de Carlos Efrén Pérez Flores, Julio Cesar Olivera Juárez, Nery Romero Arce, Madeleine Robles Cristóbal, Cesar Yi Benites; y el registro en video y audio de la citada constatación; al efecto de los citados medios probatorios, actuados en audiencia, se advierte que la mencionada fecha, a horas once con treinta, la citada Notaria en compañía de las personas antes mencionadas, procedieron a descerrar la puerta de ingreso de la oficina del Acusado, Oficina de Control Institucional del Proyecto Especial Pasto Grande, con la ayuda de un cerrajero, para luego ingresar al mismo sin autorización del Acusado; cabe hacer presente que éste no se encontraba en el lugar, por lo que no pudo haber prestado su consentimiento; siendo que en juicio el Acusado ha manifestado que el citado día concurrió a las oficinas del Proyecto Pasto Grande, pero no le permitieron el ingreso, por lo que se fue a Fiscalía a presentar una denuncia, lo que acredita con la copia de denuncia fiscal del treinta de diciembre de dos mil ocho, versión que no fue desacreditada por el titular de la carga de la prueba, Fiscalía, ya que no ofreció como testigo al personal de vigilancia que prestó servicio el día de los hechos. Una vez dentro la Notaria y las personas antes nombradas proceden a verificar los bienes que se encontraban en esta oficina así como a registrar su detalle en hojas, para luego inventariar los archivadores y folders tomándose como referencia únicamente la tapa o primera foja, sin que se proceda a su foliación, posteriormente se hace un inventario superficial de los documentos sueltos, solo tomando en cuenta lo impreso en la primera hoja de ellos, para finalmente detallar los bienes faltantes. De lo que se advierte que se llevó a cabo una diligencia de allanamiento de lugar cerrado, domicilio funcional del Acusado –conforme a las reglas del Código Civil–, el mismo que aún no había entregado el cargo ni las llaves a funcionario competente; y una diligencia de registro de lugar cerrado, sin la presencia del Acusado o su defensa, sin un debido proceso, y fuera de una investigación realizada por la Policía o la Fiscalía. Por lo que se concluye que se ha trasgredido gravemente los derechos fundamentales del Acusado (derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio funcional, debido proceso, derecho de defensa, y la garantía de ser investigado por funcionario público competente), en la obtención de los medios probatorios: acta de constatación notarial de fecha treinta de diciembre de dos mil ocho, y registro en video y audio de la citada constatación; por lo que los mismos no pueden ser valorados por este Despacho para emitir sentencia.

En otro extremo del análisis, conforme al contexto normativo inicialmente expuesto, no solo carecen de efecto legal y valor probatorio, las pruebas directas obtenidas con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, sino también las indirectas, esto es, aquellas obtenidas como consecuencia de las directas viciadas por la trasgresión de los derechos fundamentales del Acusado. Siendo que en el caso de autos, Fiscalía también sustenta su caso en las declaraciones de los testigos Carlos Efrén Pérez Flores, Julio Cesar Olivera Juárez, Nery Romero Arce, Madeleine Robles Cristóbal, Cesar Yi Benites, quienes habrían declarado en juicio, en relación a la información obtenida, en el indebido allanamiento y registro practicado en el domicilio funcional del Acusado; por lo que respecto a tal información, este Despacho no puede valorarla para emitir sentencia, al resultar, prueba obtenida indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales del Acusado.

SÉTIMO. Que, del análisis y valoración conjunta de las pruebas actuadas en juicio oral, se ha llegado a establecer lo siguiente:

Que, el Acusado se desempeñó como Jefe de la Oficina de Control Interno del Proyecto Especial Regional Pasto Grande desde el catorce de febrero de dos mil siete hasta el veinte de diciembre de dos mil ocho, conforme se advierte de la Resolución Presidencial número uno – dos mil ocho – P/CD-PERPG, oralizado en audiencia, así como de la carta cursada al Acusado comunicando su despido, oralizado también en audiencia.

Que, el Acusado recibió para el desempeño de sus funciones una computadora Laptop, dos memorias USB,

de dos y cuatro gigabytes, dos tomos del libro manual laboral para la actividad pública y privada, un libro de proceso administrativo disciplinario, y cuatro ejemplares de la suscripción de los Gestión pública, de propiedad del Proyecto Especial Pasto Grande, conforme se acredita con el cargo personal por asignación de bienes en uso del Acusado, el requerimiento seis-dos mil ocho-GRM-PERPG/G.OCI, Guía de internamiento setecientos setecientos, comprobante de pago diecisiete cuarenta y siete, factura dos – once, PECOSA ochocientos ochenta, informe cincuentinueve-dos mil ocho-GRM-PERPG/ OCI , Guía de internamiento seiscientos cinco, comprobante de pago mil seiscientos, copia factura cinco-doscientos treinta y nueve, PECOSA novecientos treinta y cuatro, requerimiento siete-dos mil ocho-GRM-PERPG/g.OCI, Guía de internamiento novecientos cincuentinueve, comprobante de pago mil novecientos setenta, factura dos-cuarentauno ochenta y cinco, y Pecosa mil treinta y seis, oralizados en audiencia; así como con el reconocimiento parcial efectuado por el Acusado en juicio, quien sostuvo que la Laptop inclusive la llevó a la ciudad de Lima, en tanto que los otros bienes señaló que “están en las oficinas de control interno”; no se ha probado en autos que el Acusado haya recibido toda la colección completa de los Gestión pública, siendo que el mismo precisó en juicio que tal suscripción fracasó, y Ministerio Público en su alegato final solo hizo referencia a cuatro ejemplares.

No ha quedado probado en autos que el Acusado se haya apropiado de una computadora Laptop, dos memorias USB, de dos y cuatro gigabytes, dos tomos del libro manual laboral para la actividad pública y privada, un libro de proceso administrativo disciplinario, y cuatro ejemplares de la suscripción de los Gestión pública, de propiedad del Proyecto Especial Pasto Grande; ya que el Acusado niega encontrarse en poder de tales bienes, señalando que los mismos estarían en las oficinas de control interno; no existiendo en autos prueba alguna que pueda ser valorada, que determine que tales bienes no se encontraban en la Oficina de Control Interno del Proyecto Especial Pasto Grande al momento de su ilegal descerraje, toda vez que las pruebas consistentes en constatación notarial y registro en audio y video, practicado por la Notaria María Isabel Giselle Vera Kihien y personal del proyecto, y los testimonios brindados por tales personas en juicio, constituyen prueba ilícita que no puede ser valorado por este Despacho. Por otro lado, del acta de constatación fiscal, oralizado en audiencia, practicado por el Doctor Víctor Banda Pinto, con fecha treinta de diciembre de dos mil ocho, a horas quince, se advierte que el mismo se inició con la participación del Acusado, sin embargo, el Acusado no llega suscribir al finalizar la diligencia; de esta diligencia, practicada en la Oficina de Control Interno del Proyecto Especial Pasto Grande, se advierte que el señor Fiscal se entiende con el señor Carlos Efrén Pérez Flores y luego con la señora Madeleine Robles Cristóbal, siendo que el primero manifestó que a esas horas aún no se había concluido con el inventario de la citada oficina, sin embargo cuando arriba la segunda, a horas quince y cincuenta y cinco, ésta señala que el inventario había concluido y que se encontraba pendiente que la Notaria entregue el acta notarial; siendo que ninguno precisa al señor Fiscal que había supuestamente faltante de bienes, extremo sumamente relevante para el momento, toda vez que recién ese día habrían tomado conocimiento de ello; cabe hacer presente, en adición, que no se entrega en ese acto al Fiscal el inventario supuestamente realizado, sino que el representante del Ministerio Público concurrente tiene que ordenar que bajo responsabilidad se haga llegar a su Despacho copia del acta notarial. Lo que impide restar credibilidad a la versión del Acusado en juicio.

Que, tampoco se ha acreditado en autos, que el acusado se haya apropiado de la Laptop, que recibiera para el desempeño de su función, luego de que se le venciera el plazo de desplazamiento del citado bien a la ciudad de Lima; toda vez que el Acusado en juicio ha sostenido que el citado bien se encontraría en la oficina que conducía en el Proyecto; no existiendo prueba lícita aportada por el Ministerio Público que desvirtúe tal afirmación; por otro lado, tampoco existe prueba testifical que acredite que el Acusado, luego de que sacó la citada Laptop del Proyecto, no la regresó más; a contrario, si asumimos que la entidad tan pronto toma conocimiento que faltan determinados bienes en la Oficina del Acusado, le interpone una denuncia, la misma actitud debió verificarse al vencerse el plazo del Acusado para retornar el citado bien al Proyecto, sin embargo al respecto al Entidad no hizo nada; lo que nos lleva a concluir que, si no se le denunció en esa oportunidad, fue porque el Acusado retornó el bien al Proyecto; siendo que el hecho de no tramitar la boleta de retorno únicamente constituiría infracción administrativa, y no presunción jure et de jure (no aplicable en el proceso penal) de que el bien no ingresó al Proyecto.

En consecuencia, el Juezador concluye que el acusado Nazario Salvador Velásquez Nina, no es responsable de los cargos que se le imputan por la comisión del delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado por apropiación, previsto y penado en el primer párrafo del artículo 387º del Código Penal, en agravio del Proyecto Especial Regional Pasto Grande; correspondiendo se le absuelva de tales cargos, al no haberse acreditado con medios probatorios lícitos y suficientes la existencia del hecho imputado al Acusado.

OCTAVO. De las costas

El artículo 497 del Código Procesal Penal, establece que el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse de oficio sobre el pago de las costas e incluso puede eximirlo total o parcialmente cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso. En el presente caso, las partes han tenido motivos razonables para litigar por lo que debe eximirse en el pago de costas.

Fundamentos por los cuales el Juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, impartiendo Justicia a nombre de la Nación y en aplicación del criterio de conciencia que la Ley autoriza;

FALLA:

PRIMERO. Declarando: RETIRADA la acusación formulado por el Ministerio Público contra Nazario Salvador Velásquez Nina, por la comisión del delito Contra La Administración Pública en la modalidad de Rehusamiento de actos funcionales, previsto y penado en el artículo 377 del Código Penal, en agravio del Proyecto Especial Regional Pasto Grande, representado por el Procurador Público Anticorrupción de Moquegua y el Representante Legal del citado Proyecto. Disponiéndose el **SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO** de la causa en tal extremo.

SEGUNDO. ABSOLVIENDO a Nazario Salvador Velásquez Nina, cuyas generales de ley han sido precisadas en los antecedentes de esta sentencia, de la acusación formulada por el Ministerio Público por el delito Contra La Administración Pública en la modalidad de Peculado por apropiación, previsto y penado en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, en agravio del Proyecto Especial Regional Pasto Grande, representado por el Procurador Público Anticorrupción de Moquegua y el Representante Legal del citado Proyecto.

TERCERO. Se EXIME a las partes del pago de costas.

CUARTO. Se DISPONE el **ARCHIVO DEFINITIVO** del presente proceso, debiendo procederse a la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que generó el caso, para lo que deberá oficiarse a las autoridades correspondientes; todo una vez que sea consentida y/o ejecutoria que sea la presente.

CAPITULO IV

Segunda Instancia

Apelación de Auto

SUBCAPÍTULO I

APELACIÓN DE AUTO:**46****CITACIÓN O COMUNICACIÓN A LOS ÓRGANOS DE PRUEBA
A TRAVÉS DE LOS SUJETOS PROCESALES**

"[...] El artículo 355° inciso 2) del Código Procesal Penal dispone que el Juggado Penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio, dicha norma no debe ser interpretada llanamente en su literalidad _ ni como obligatoria imposición al personal auxiliar jurisdiccional, ni como necesaria imposición a los sujetos procesales _ sino en consonancia con los principios acusatorio, aduersarial y de igualdad de armas que inspiran nuestro sistema procesal [...], desde esa perspectiva, corresponde en principio a los sujetos procesales poner en conocimiento de sus órganos de prueba, el contenido del auto de citación a juicio, y procurar su efectiva concurrencia al juggamiento oral para acreditar sus respectivas teorías del caso".

"[...] Esta Sala Penal estima que la citación o comunicación a los órganos de prueba con el contenido del auto de citación a juicio por los sujetos procesales no vulnera el contenido esencial de derechos y garantías previstas por la Constitución, específicamente el debido proceso invocado por la parte apelante, por el contario, contribuye a consolidar el modelo que inspira el nuevo Código Procesal Penal a través del asentamiento de una buena práctica que posibilitará que sean las partes quienes se interesen en lleuar a juicio a sus testigos o peritos [...]".

Base Legal: NCPP: Arts. 1.1°, 1.3°, IV.1°, X, 129.1°, 130°, 149°, 150.a, 150.d, 355.2°, 355.5°, 356°, 379.1°, 379.2°; CADH: Art. 8.2.f

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SALA PENAL DE APELACIONES DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: N° 6604-2008-42-1601-JR-PE-03
JUECES	: BURGOS MARIÑOS, ZAMORA BARBOZA, ALARCÓN MONTOYA
ACUSADO	: JOSÉ CARLOS QUIÑONES FERNANDINI
AGRAVIADO	: EL ESTADO
DELITO	: FALSEDAD IDEOLÓGICA

Resolución**Trujillo, veinte de enero****Del año dos mil diez**

AUTOS Y OÍDA en audiencia de apelación de auto, por los señores magistrados integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, señores Jueces Superiores VÍCTOR ALBERTO MARTIN BURGOS MARIÑOS (Presidente), JUAN RODOLFO SEGUNDO ZAMORA BARBOZA (Director de Debates y Ponente) y OSCAR ELIOT ALARCÓN MONTOYA; en la que interuino por la parte apelante la señora Fiscal Superior Lea Guayan Huaccha y el señor Telmo Yauri Acosta, abogado defensor del imputado.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

01. Viene el presente proceso penal en apelación de la resolución número cinco de fecha 09 de noviembre de 2009 que resolvió declarar fundada la nulidad deducida por la señora Fiscal Provincial únicamente en el extremo referido al apercibimiento decretado en el ítem 4 del auto de citación a juicio; e infundada la misma en lo demás que contiene.

02. En audiencia de apelación la señora representante del Ministerio Público ha cuestionado la resolución recurrida argumentando esencialmente que con ella se ha vulnerado el contenido esencial de los derechos y garantías previstas por la Constitución, como lo es la garantía del debido proceso, al imponérsele la obligación de notificar a sus órganos de prueba con el auto de citación a juicio oral.

II. CONSIDERANDOS:**2.1 PREMISA NORMATIVA**

03. El artículo I inciso 1) del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que la justicia penal... "Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable... 3. Las partes interendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia." El artículo IV inciso 1 del acotado reconoce que "El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la

prueba...” Por su parte, el artículo X del Título Preliminar de la norma procesal prevé, que “Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.”

04. El artículo 129° inciso 1) del Código procesal Penal establece: “1. Las víctimas, testigos, peritos, intérpretes y depositarios, podrán ser citados por medio de la Policía o por el personal oficial de la Fiscalía o del órgano jurisdiccional, según las directivas que sobre el particular dicte el órgano respectivo”, disponiendo el artículo 130° que, el resultado de las diligencias practicadas para efectuar las citaciones y notificaciones se hará constar por escrito.

05. El artículo 355° inciso 2) del Código Procesal dispone que “El Juggado Penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio. En la resolución se identificará a quien se tendrá como defensor del acusado y se dispondrá todo lo necesario para el inicio regular del juicio.”, estableciendo en su inciso 5) que “...Será obligación del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto”.

06. Según lo previsto por el artículo 356° del Código Procesal Penal, “El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales, reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación, y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juggamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juggador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

07. El artículo 379° del Código Procesal Penal establece que “1. Cuando el testigo o perito, oportunamente citado, no haya comparecido, el Juez ordenará que sea conducido compulsivamente y ordenará a quien lo propuso colabore con la diligencia. 2. Si el testigo o perito no puede ser localizado para su conducción compulsiva, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba.”

08. El artículo 149° del Código Procesal Penal prescribe que la inobservancia de las disposiciones establecidas por las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley; en esa línea de desarrollo, el artículo 150° de dicha norma precisa que podrán ser declarados aun de oficio, entre otros, los defectos concernientes a “...d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución”.

2.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS:

09. Mediante auto de citación a juicio (resolución número uno) de fecha 25 de setiembre de 2009, la señora Juez del Tercer Juggado Unipersonal de Trujillo resolvió, entre otros, requerir a cada parte oferente de los órganos de prueba para que procedan a citar y a asegurar su comparecencia a través de cualquier medio idóneo y acreditable en el juicio oral (acápite 3); especificar que en la audiencia de juicio oral, la parte oferente deberá dar cuenta al Juez de la conducta diligente realizada para cumplir con las citaciones, debiendo acreditarlo con medio de prueba idóneo y verificación de tal acción, bajo apercibimiento de prescindirse del medio de prueba ofrecido (acápite 4); especificar que en caso la parte oferente hubiere demostrado el debido diligenciamiento de la citación a sus órganos de prueba, y pese a ello, éstos no concurrieran a la audiencia, se aplicará el apercibimiento de conducción compulsiva (acápite 5); y, poner en conocimiento de la parte oferente que de demostrarse en juicio oral conducta maliciosa o temeraria respecto de la debida citación de los órganos de prueba, se les aplicará el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades legales que la acción u omisión incurrida pudiera generar (acápite 6).

10. En audiencia de apelación la señora representante del Ministerio Público sostuvo que la decisión judicial contenida en el auto de citación a juicio de fecha 25 de setiembre de 2009 _ de requerir a cada parte oferente de órganos de prueba para que proceda a citarlos y asegurar su comparecencia, bajo apercibimiento de ser conducidos compulsivamente y/o prescindirse de esa prueba _ vulnera el debido proceso (principio de legalidad procesal), especificando que corresponde al Juggado Penal ordenar el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio, tal como lo prevé el artículo 355° del Código Procesal Penal, siendo éste un mandato ineludible por lo que su inobservancia acarrea nulidad de conformidad con lo previsto por el artículo 150° inciso d) de la acotada norma procesal; quedando por cierto obligados los sujetos procesales a coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto. Consideraciones por las que requirió se revoque la recurrida.

11. El abogado defensor del imputado se adhirió a los argumentos y a la pretensión de la señora representante del Ministerio Público.

2.3. ANÁLISIS DEL CASO:

2.3.1. Constitución y Proceso Penal

12. En un Estado Constitucional de Derecho, las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales constituyen enunciados valorativos que necesariamente deben ser ponderados por los jueces, en aquellos casos en que surjan aparentes contradicciones entre ellos, y adoptados, en aquellos casos en que la norma legal los contradiga.

13. Los jueces no dejan de estar obligados a observar la norma positiva sea sustantiva o procesal, sino que las decisiones del legislador los vinculan, pero sólo a través de una interpretación constitucional, de ello se concluye que los principios reconocidos en la Constitución orientan la actuación del sistema procesal así como la interpretación de las normas

14. El artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece el reconocimiento de la trascendencia de los principios en el proceso penal y su prevalencia sobre cualquier otra disposición de dicho cuerpo normativo, pudiendo ser utilizados como fundamento de interpretación.

2.3.2. Modelo Acusatorio

15. El Código Procesal Penal puesto en vigencia progresivamente en gran parte del territorio nacional se inspira en el denominado sistema acusatorio de corte adversarial siendo su característica esencial la necesidad de que la acusación debe sostenerla un ente autónomo diferente al órgano jurisdiccional, existe separación de roles entre quien promueve la acción penal y quien tiene a cargo el juzgamiento, sistema en el que las audiencias se rigen según los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad.

16. El Código Procesal Penal en el artículo IV del Título Preliminar establece que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, desde esa perspectiva, le corresponde no sólo el ofrecimiento de los medios probatorios con los que pretende acreditar su tesis de cargo en el juzgamiento oral sino también, y como consecuencia de ello, preparar a sus órganos de prueba asumiendo la responsabilidad de llevarlos consigo a juicio oral por convenir a sus intereses.

17. Así como sucede con el Ministerio Público, tanto el imputado como el actor civil o el tercero civil, tienen el derecho a probar los hechos que conforman sus respectivas teorías del caso. En el caso de imputado, no se le impone el deber de probar su inocencia, sino por el contrario se le reconoce _ en el ámbito de la igualdad de armas _ el derecho a acreditar a través de prueba personal o material la verosimilitud de su tesis. El derecho a obtener la comparencia de testigos o peritos que puedan arrojar luces sobre los hechos es reconocido por el artículo 8 inciso 2) literal f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como una de las garantías judiciales. La lógica del sistema que inspira el Código Procesal Penal impone la necesidad de que sean las partes quienes lleven a juicio a sus testigos y peritos.

2.3.3 Del caso en particular

18. En el presente caso, se ha cuestionado por la representante del Ministerio Público, la decisión judicial de declarar infundada la nulidad deducida por la señora Fiscal Provincial contra el auto de citación a juicio de fecha 25 de setiembre de 2009, en los extremos contenidos en los acápites resolutivos 3, 5 y 6, referidos al requerimiento a cada parte oferente de los órganos de prueba para que procedan a citar y a asegurar su comparencia a través de cualquier medio idóneo y acreditable en el juicio oral; a especificar que en caso la parte oferente hubiere demostrado el debido diligenciamiento de la citación a sus órganos de prueba, y pese a ello, éstos no concurrieran a la audiencia, se aplicará el apercibimiento de conducción compulsiva; y, en cuanto se pone en conocimiento de la parte oferente que de demostrarse en juicio oral conducta maliciosa o temeraria respecto de la debida citación de los órganos de prueba, se les aplicará el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades legales que la acción u omisión incurrida pudiera generar, respectivamente, estableciéndose con claridad que los dos últimos extremos se hallan íntimamente ligados al primero, habida cuenta que han sido incorporados como sus consecuencias

necesarias.

19. Esta Sala Penal de Apelaciones identifica como cuestión problemática central en el presente caso, establecer si con la decisión judicial de requerir a los sujetos procesales que procedan a citar y asegurar la comparecencia de los órganos de prueba que han ofrecido, a través de cualquier medio idóneo, se inobserva el contenido esencial de los derechos y garantías previstas por la Constitución.

20. En la lógica del modelo acusatorio adversarial, cada uno de los sujetos procesales, según convenga a los intereses de sus respectivas tesis llevadas a juicio oral, tienen la ineludible responsabilidad de acreditar los hechos que la sustentan a través de los medios de prueba ofrecidos para su actuación, siendo que en cuanto a la prueba personal, y en el marco de su estrategia, deberán preparar su caso, lo que implica tener un contacto directo con sus órganos de prueba, sean testigos o peritos, previo al juzgamiento. Más que una obligación, tal circunstancia se impone como una necesidad para el éxito de su caso, no olvidemos que en el sistema de adversario, los testigos – y también los peritos – son siempre testigos de parte y no terceros auxiliares del tribunal ¹.

21. Si bien el artículo 355° inciso 2) del Código Procesal Penal dispone que el Juzgado Penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio, dicha norma no debe ser interpretada llanamente en su literalidad – ni como obligatoria imposición al personal auxiliar jurisdiccional, ni como necesaria imposición a los sujetos procesales – sino en consonancia con los principios acusatorio, adversarial y de igualdad de armas que inspiran nuestro sistema procesal y que constituyen fundamento de interpretación por disposición del artículo X del Título Preliminar del anotado, desde esa perspectiva, corresponde en principio a los sujetos procesales poner en conocimiento de sus órganos de prueba, el contenido del auto de citación a juicio, y procurar su efectiva concurrencia al juzgamiento oral para acreditar sus respectivas teorías del caso.

22. Esta Sala Penal estima que la citación o comunicación a los órganos de prueba con el contenido del auto de citación a juicio por los sujetos procesales no vulnera el contenido esencial de derechos y garantías previstas por la Constitución, específicamente el debido proceso invocado por la parte apelante, por el contrario, contribuye a consolidar el modelo que inspira el nuevo Código Procesal Penal a través del asentamiento de una buena práctica que posibilitará que sean las partes quienes se interesen en llevar a juicio a sus testigos o peritos, como en efecto mayoritariamente viene sucediendo en la práctica judicial, esa es la regla general para efectivizar su comparecencia.

23. No obstante la regla indicada precedentemente, existen algunos casos en los que la citación o comunicación a los órganos de prueba podría resultar inoficiosa como lo son los supuestos de testigos hostiles (testigos que está en contra de los intereses de la parte que lo ofrece) ó de funcionarios o servidores públicos (para cuya comparecencia o permiso del superior jerárquico para tal fin, requieren justificar un emplazamiento judicial); en esos casos, con ocasión del ofrecimiento de sus medios probatorios en la etapa intermedia, los sujetos procesales deberán invocar motivadamente tales circunstancias requiriendo que el emplazamiento para el juzgamiento oral sea efectuado por el órgano jurisdiccional.

24. Los apercibimientos que la norma procesal establece para el caso de inconcurrencia de los órganos de prueba se efectivizan teniendo en cuenta, en principio, la posición de la parte oferente sobre el particular, tal es así que pese a que un testigo válidamente emplazado por la autoridad judicial no concurre a la audiencia, y que correspondería efectivizar el apercibimiento de conducción compulsiva, puede la parte que lo propuso prescindir de su actuación por convenir a sus intereses. Desde esa perspectiva, en aquellos casos en que pese a la citación o comunicación efectuada por los sujetos procesales, el órgano de prueba no concurre al juzgamiento oral, será la parte quien deberá requerir al Juez su emplazamiento judicial, la efectivización de una orden de conducción compulsiva o simplemente optar por prescindir de su actuación.

25. El auto de citación a juicio deberá establecer claramente que es obligación de las partes llevar al juicio oral a sus órganos de prueba, y hacerles conocer además que tienen el deber de comparecer a dicha audiencia, caso contrario podrían ser objeto de los apercibimientos previstos en la ley.

26. En atención a las consideraciones expuestas, esta Sala Penal de Apelaciones considera que con la decisión judicial de requerir a las partes la citación de sus órganos de prueba para el juzgamiento oral, no se ha vulnerado el debido proceso, debiendo disponer que la magistrada en lo sucesivo adecue la expedición del auto de citación a juicio con las especificaciones efectuadas en la presente resolución, efectivizando la

1 BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. Editorial Alternativas .Lima 2005. p.111

obligación y el derecho de las partes a llevar a sus testigos y peritos a juicio oral.

Por las consideraciones expuestas, la **SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, POR UNANIMIDAD HA RESUELTO:**

- 1. CONFIRMAR** la resolución de fecha nueve de noviembre de dos mil nueve que resolvió declarar fundada la nulidad deducida por la señora Fiscal Provincial únicamente en el extremo referido al apercibimiento decretado en el ítem 4 del auto de citación a juicio; e infundada la misma en lo demás que contiene.
- 2. DISPUSIERON** que en lo sucesivo la señora Juez adecue la expedición del auto de citación a juicio con las especificaciones efectuadas en la presente resolución.
- 3. ORDENARON** que los actuados se devuelvan al juzgado de origen para el cumplimiento de lo decidido.



APELACIÓN DE AUTO: PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA IMPOSICIÓN DEL IMPEDIMENTO DE SALIDA DEL PAÍS

"[...] Al respecto el Juez sustenta el impedimento de salida del país, en el hecho de que nos encontramos ante una investigación de trascendencia nacional e internacional, que esta investigación es de naturaleza compleja; sin precisar de qué manera la importancia de la investigación o su complejidad puede afectar la indagación de la verdad, de qué manera la cantidad significativa de actos de investigación y de imputados pueda sustentar el impedimento de salida del País si en la misma resolución expresamente señala que el apelante ha comparecido a todos los requerimientos fiscales, tanto en la ciudad de Lima como en Tacna, a fin de deponer su manifestación y que en la Audiencia celebrada ante su Judicatura a través de su defensa técnica ha entregado siete pasaportes".

"[...] Una tercera razón en que sustenta su resolución el Juez es que el Fiscal podría requerir la presencia del investigado, para la realización de cualquier acto de investigación, se advierte claramente que el Juez sustenta una medida de coerción personal en una posibilidad, el razonamiento es en condicional, lo que violenta los preceptos generales que debe tener en cuenta el Juggador para dictar una medida de coerción procesal de que la restricción solo opera cuando fuera indispensable y por el tiempo estrictamente necesario, no habiendo justificado ni el Fiscal ni el Juez el por qué de los tres meses de la restricción".

"[...] [Ni] el Ministerio Público ni el Juggado de Investigación Preparatoria han demostrado por qué el requerimiento de impedimento de salida resulta indispensable para la indagación de la verdad, de qué manera esta medida asegura la presencia del investigado al proceso si hay un reconocimiento expreso de que viene concurriendo a todas las citaciones del Ministerio Público, de qué manera el desestimar el requerimiento solicitado pueda afectar el desarrollo de la investigación o perturbar la actividad probatoria [...]".

Base Legal: Const.: Arts. 2.11°, 139.5°; NCPP: Arts. VI, 202°, 203°, 253°, 295°

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA SALA PENAL DE APELACIONES DE TACNA

EXPEDIENTE	: 01434-2009-46-2301-JR-PE-01
JUECES	: DE LA BARRA BARRERA, IRMA TITO PALACIOS
VOTO EN MINORIA	: RAMIRO BERMEJO RÍOS
ACUSADO	: CESAR RICARDO CATAÑO PORRAS ADOLFO CARHUALLANQUI PORRAS
AGRAVIADO	: EL ESTADO PERUANO
DELITO	: LAVADO DE ACTIVOS

Resolución N° Trece

Tacna, veinticuatro de enero
Del año dos mil once

VISTA Y OIDA:

La Audiencia Pública de Apelación de Auto, con la asistencia de la defensa técnica del imputado César Ricardo Cataño Porras ó Adolfo Carhuallanqui Porras, abogado Carlos Andrés García Asenjo, del señor Fiscal Superior Adjunto de la Fiscalía Superior Penal de Apelaciones, abogado Luis Alberto Bustamante Daza, Con el voto mayoritario de los señores Jueces Superiores José de la Barra Barrera e Irma Tito Palacios; y con el voto en minoría del señor magistrado Ramiro Bermejo Ríos.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO

1.- Viene a conocimiento de la Sala Penal Superior la apelación interpuesta por la defensa técnica del investigado César Ricardo Cataño Porras, contra la resolución de fecha dieciséis de diciembre del año dos mil diez, que declara Fundado el requerimiento de impedimento de salida del País, formulado por el señor Fiscal Provincial del Sexto Despacho de Investigación de la Fiscalía Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas contra el señor César Ricardo Cataño Porras o Adolfo Carhuallanqui Porras a fin que se revoque la recurrida y reformándolo se declare infundado el citado requerimiento.

Fundamentos de la defensa técnica del apelante, para que se revoque la resolución recurrida.

2.- La defensa técnica del apelante sostiene que el requerimiento de impedimento de salida del País formu-

lado por el representante del Ministerio Público, oralizado en Audiencia Pública, no contiene las razones por las cuales resulta indispensable el impedimento de salida del País por tres meses, para la indagación de la verdad, para limitar el derecho al libre tránsito del apelante, tampoco se ha establecido cuales son las diligencias o actos de investigación que requieren que el investigado se viera forzado a no salir del País, a pesar que el Juzgado en La Audiencia hasta en tres oportunidades requiere al Fiscal que señale cuales son los fundamentos por las cuales él consideraba que esa medida debía ser dispuesta, el Fiscal no pudo responder.

3.- Señala que en La Audiencia citada se hizo de conocimiento del Juzgado de Investigación Preparatoria que el investigado se ha presentado a todas y a cada una de las citaciones que le han sido efectuadas durante el desarrollo de la presente investigación, indicando que había entregado todos los pasaportes con la finalidad de evidenciar que no era su intención abandonar el País; sin embargo, el Juzgado ha expedido la resolución recurrida vulnerando los principios de proporcionalidad y necesidad que exige toda medida de coerción procesal, conforme lo dispone el artículo 253° del Código Procesal Penal.

4.- Precisa que los criterios en que se basa la resolución no guardan ningún tipo de relación con la exigencia que hace el artículo 295° del Código Procesal Penal ya que simplemente ha enumerado algunas características de presente investigación como que es una investigación de trascendencia nacional e internacional, que es de naturaleza compleja, que se podría requerir la presencia del investigado para la realización de cualquier acto de investigación, que sin bien es cierto el investigado ha comparecido a las citaciones del señor Fiscal, no se puede alegar que se descarta el peligro de fuga y que al haber entregado los pasaportes evidencia la voluntad de no viajar al extranjero, razón por la cual el impedimento de salida del País no lo perjudicaría por el momento, sin tener en cuenta que una medida de coerción procesal se dicta cuando es estrictamente necesario y no cuando se deduce que ésta no afecta al investigado;

5.- La entrega de los pasaportes al Ministerio Público es para asegurar que dicho Ministerio asegure al investigado en las investigaciones que se podrían efectuar y si es necesario viajar lo hará con el consentimiento del Fiscal que es distinto conseguir el permiso del Juez que requiere de una resolución judicial y una serie de trámites que afecta la inmediatez que por razones de trabajo, a veces requiere el investigados de viajar de manera inmediata.

6.- Precisa que el Juzgado al revisar los pasaportes voluntariamente entregados concluye que no existe evidencia que haya realizado actividades lícitas o turismo en dichos viajes, razonamiento abiertamente contrario a la garantía de presunción de inocencia, lo que denota lo desproporcionado, irracional e innecesario de la medida.

7.- Sostiene que en los actos de investigación dispuestos por el Fiscal, no existe uno solo que esté relacionado con el investigado, no guarda ningún tipo de relación con el presupuesto procesal de impedimento de salida del país.

Fundamentos del representante del Ministerio Público, para que se confirme la resolución recurrida.

8.- El representante del Ministerio Público solicita se confirme en todos sus extremos la resolución materia de impugnación, porque nos encontramos en la etapa de investigación preparatoria del delito de lavado de activos.

9.- Sostiene que para poder determinar que se cumple con los dos requisitos que se requieren para ordenar el impedimento de salida del País: que la pena sea superior a los tres años y que sea indispensable a la indagación de la verdad, esto significa indagar la hipótesis del Ministerio Público para cuando se formalice la investigación preparatoria.

10.- Precisa que el Ministerio Público en La Audiencia hizo un resumen de los hechos por lo que resulta indispensable la investigación del lavado de activos, siendo necesario investigar las empresas del investigado y las empresas conexas; expuesto los hechos, considera que es necesario de que se de el impedimento de salida del país, que permita demostrar la hipótesis del Ministerio Público, para ello expone algunas declaraciones de los investigados que determinan que se utilizó a diversas personas en la dirección de dichas empresas a pesar de que el investigado era quien en realidad dirigía las mismas, esto hacer ver que es indispensable que se pueda evitar la salida del País del investigado por que dicha persona es la que nos va a dar la información real de esas empresas, el movimiento económico de esas empresas.

11.- Indica que la entrega de todos los pasaportes se ha dado con la intención de evidenciar de que no necesita salir del país y si lo necesitara pediría la autorización al Fiscal, indica que de confirmarse la resolución recurrida lo único que se va a cambiar es de actor, por que el impugnante si quiere salir del País ya no será necesario que pida la autorización al Fiscal sino lo hará al Juez; así también considera que toda resolución cuando se impugna se tiene que establecer el agravio y en el presente caso no se perjudica al apelante por que podría salir del País previa autorización del Juez.

II. CONSIDERANDOS:

Fundamentos Jurídicos

12.- El artículo 295° Inciso 1) del Código Procesal Penal, prescribe “Cuando de la investigación de un delito con pena privativa de libertad mayor de tres años resulte indispensable para la indagación de la verdad. El Fiscal podrá solicitar al Juez expida contra el imputado orden de impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije...”.

13.- El artículo 2° numeral 11) de la Constitución Política del Estado, señala que toda persona tiene derecho “A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la Ley de extranjería”.

14.- El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que “Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma, y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrá mediante resolución motivada a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

15.- El Capítulo Primero del Título Tercero de la Sección Segunda del Código Procesal Penal regula el procedimiento a seguir cuando resulte indispensable restringir derechos fundamentales para los fines del esclarecimiento del proceso, al respecto el artículo 202° señala que cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado, en consecuencia, cualquier intervención que desborde los parámetros legales es constitutiva de una infracción;

16.- El artículo 203° del referido Código normativo, establece como presupuesto para la realización de la medida. Que se realice con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción, debiendo ser motivada la resolución que dicte el Juez de Investigación Preparatoria, así como el requerimiento del Ministerio Público, el que también debe estar debidamente sustentado.

Fundamentos Fácticos

17.- Lo que es motivo de análisis en el presente caso, es determinar si la orden de impedimento de salida del país del investigado, resulta indispensable para la indagación de la verdad y si la misma se ha dispuesto con arreglo al principio de proporcionalidad exigido por nuestro ordenamiento jurídico cuando se trate de afectar derechos fundamentales.

18.- Los derechos fundamentales no son valores absolutos, es posible su afectación conforme a los fines perseguidos en la investigación, rodeado de ciertas garantías para el afectado que permita garantizar su validez probatoria. ASENSIO MELLADO destaca los principios informadores que legitiman la intromisión de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales, al respecto precisa “No existe en realidad derechos fundamentales estrictamente ilimitables, siendo así que de lo contrario se frustraría de antemano el éxito de cualquier investigación penal, si bien, del mismo modo, la restricción de los derechos fundamentales ha de acomodarse en cada caso a los siguientes requisitos: Jurisdiccionalidad; Principio de Proporcionalidad; Garantías en la ejecución de la vulneración¹.”

19.- La base fundamental para justificar la adopción del impedimento de salida del País conforme a las normas glosadas en los fundamentos jurídicos, es que la medida resulte indispensable para la indagación de la verdad, la racionalidad de la medida implica que esté condicionada a la preexistencia de un hecho que reve-

¹ ASENSIOMELLADO, José María: Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida. Trivium, pag. 92.

le una conducta obstruccionista a la investigación, que exista la probabilidad que el investigado se ausente del País y el Ministerio Público no pueda llevar a cabo los actos de investigación que desarrolla conforme a la estrategia delineada, la proporcionalidad de la medida según PEDRAZ PENALVA “es algo más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable, técnica y asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas; es un principio consustancial al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad, constituyendo su exigida utilización uno de los imperativos básicos a observar en toda hipótesis en que los derechos y libertades fundamentales pueden verse afectados”².

20.- El Juez de Investigación Preparatoria debe motivar debidamente la resolución que dispone la aplicación de medidas restrictivas de derechos, debe exponer las razones que sustentan la medida, que no existe otro medio menos gravoso que pueda asegurar la finalidad de la investigación, la indagación de la verdad; en el presente caso el Juggador aduce cinco razones por las cuales considera viable el requerimiento del Ministerio Público, por lo que al haber sido impugnado dichos criterios corresponde a éste Órgano Superior analizar si las mismas guardan algún tipo de relación con la exigencia que hace el artículo 295º del Código Procesal Penal.

21.- Al respecto el Juez sustenta el impedimento de salida del país, en el hecho de que nos encontramos ante una investigación de trascendencia nacional e internacional, que ésta investigación es de naturaleza compleja; sin precisar de qué manera la importancia de la investigación o su complejidad puede afectar la indagación de la verdad, de qué manera la cantidad significativa de actos de investigación y de imputados, puede sustentar el impedimento de salida del País si en la misma resolución expresamente señala que el apelante ha comparecido a todos los requerimientos fiscales, tanto en la ciudad de Lima como en Tacna, a fin de deponer su manifestación y que en la Audiencia celebrada ante su Judicatura a través de su defensa técnica ha entregado siete pasaportes.

22.- Una tercera razón en que sustenta su resolución el Juez es que el Fiscal podría requerir la presencia del investigado, para la realización de cualquier acto de investigación, se advierte claramente que el Juez sustenta una medida de coerción personal en una posibilidad, el razonamiento es en condicional, lo que violenta los preceptos generales que debe tener en cuenta el Juggador para dictar una medida de coerción procesal de que la restricción solo opera cuando fuera indispensables y por el tiempo estrictamente necesario, no habiendo justificado ni el Fiscal ni el Juez el por qué de los tres meses de la restricción.

23.- Una cuarta razón que esgrime el Juggador es que si bien es cierto el investigado ha comparecido a las citaciones del Ministerio Público, sin embargo no se puede alegar que se descarta el peligro de fuga; sin embargo en el mismo fundamento alega que para desvirtuar el peligro de fuga existen otras instituciones penales, tales como la prisión preventiva, la comparecencia con restricciones, la detención domiciliaria, sosteniendo que en la institución de impedimento de salida del país no se trata de evitar el peligro de fuga sino garantizar el éxito de las investigaciones, de hecho éste razonamiento es incongruente y no precisa de que manera el impedimento de salida del país del investigado va a garantizar el éxito de las investigaciones.

24.- Una quinta razón que estima el Juggador para declarar fundado el requerimiento de impedimento de salida del país, consiste en que el investigado ha viajado en innumerables ocasiones al extranjero y que no existe evidencia que en la mayoría de los países haya realizado actividades lícitas, tales como ser negocios o indicios que haya realizado turismo, ésta aseveración es verdaderamente temeraria del Juggador y contradice sin fundamento alguno el principio de presunción de inocencia, lo que es censurable, en todo caso, éste fundamento en nada justifica la medida ordenada y que es materia de apelación.

25.- Finalmente el Juez considera que la medida ordenada no perjudica por el momento al investigado, dado que ha evidenciado su intención de no ausentarse del País, éste fundamento no tiene sustento, por cuanto la medida de impedimento de salida del país, se expide en tanto y en cuanto sea indispensable para la indagación de la verdad y no si eventualmente perjudica o no al afectado.

26.- Bajo éste contexto, [ni] el Ministerio Público ni el Juggado de Investigación Preparatoria han demostrado por que el requerimiento de impedimento de salida resulta indispensable para la indagación de la verdad, de qué manera ésta medida asegura la presencia del investigado al proceso si hay un reconocimiento expreso de que viene concurriendo a todas las citaciones del Ministerio Público, de qué manera el desestimar el requerimiento solicitado pueda afectar el desarrollo de la investigación o perturbar la actividad probatoria, por lo que debe reuocarse la resolución impugnada, respetando los criterios expuestos por el magistrado

² PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Derecho Procesal Penal. Tomo I Principios de Derecho Procesal Penal. Editorial Colex. Madrid 2000, pág. 149.

ponente para que se confirme la resolución recurrida.

III. RESOLUCIÓN

Por los fundamentos de hecho y de derechos expuestos y en aplicación de los artículos doce y cuarenta y uno del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por mayoría, resolvieron:

REVOCARON la resolución apelada de fecha dieciséis de diciembre del año dos mil diez que declara FUNDADO el requerimiento de impedimento de salida del País, formulado por el señor Fiscal Provincial del Sexto Despacho de Investigación de la Fiscalía Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas contra el señor CÉSAR RICARDO CATAÑO PORRAS o ADOLFO CARHUALLANQUI PORRAS, **REFORMANDOLA** declararon **INFUNDADO** el requerimiento de Impedimento de Salida del País formulado por el señor Fiscal Provincial del Sexto Despacho de Investigación de la Fiscalía Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas contra el señor CÉSAR RICARDO CATAÑO PORRAS o ADOLFO CARHUALLANQUI PORRAS. Hágase saber.

S.S.

DE LA BARRA BARRERA,
TITO PALACIOS

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR RAMIRO BERMEJO RIOS, es como sigue:

Tacna, veintiuno de enero del dos mil once.-

CONSIDERANDO

Primero.- (Resolución impugnada)

Es materia del grado, la apelación interpuesta por el doctor Carlos García Asenjo abogado defensor de don Cesar Ricardo Cataño Porras, respecto del auto de fojas veinticuatro y siguientes, su fecha dieciséis de diciembre del año dos mil diez, resolución número tres, que declara fundado el requerimiento de impedimento de salida del país, formulado por el señor Fiscal Provincial del Sexto Despacho de investigación de la Fiscalía Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas contra el señor Cesar Ricardo Cataño Porras o Adolfo Carhuallanqui Porras, con lo demás que le respecta.

Segundo.- (Fundamentos de la apelación)

La parte impugnante en su escrito de apelación sostiene que no se establece de manera razonable y motivada las razones por las cuales es indispensable para la averiguación de la verdad, que se dicte el impedimento de salida; los criterios no guardan ningún tipo de relación con la exigencia que hace el artículo 295 del Código Procesal Penal, sino que se han enumerado algunas características de la presente investigación, su carácter complejo y extraterritorialidad que de ninguna manera pueden justificar, por si solas, la imposición de una medida de coerción procesal, como impedimento de salida; no puede hablarse del carácter indispensable si no se tiene la certeza sino una lejana posibilidad de la necesaria participación de su patrocinado en los próximos actos de investigación; de los actos de investigación dispuestos por el Fiscal, no se aprecia que uno solo que esté relacionado con su patrocinado; de otro lado indica que no guarda relación con el presupuesto de la indispensabilidad que no existe prueba de las actividades ilícitas de su patrocinado en los países a los cuales ha viajado así como el argumento de que si la persona tiene o no planeado viajar al extranjero, para determinar si esta vulnera o no sus derechos fundamentales.

Tercero.- (Marco normativo)

El artículo 295 del Código Procesal Penal establece que:

- 1.- Cuando durante la investigación de un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años resulte indispensable para la indagación de la verdad, el Fiscal podrá solicitar al Juez expida contra el imputado orden de impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije. Igual petición puede formular respecto del que es considerado testigo importante.
- 2.- El requerimiento será fundamentado y precisará el nombre completo y demás datos necesarios de la persona afectada, e indicará la duración de la medida.

Cuarto.- (Caso de autos)

4.1.- Conforme es de verse de fojas uno y siguientes del presente cuaderno, el doctor Pedro Eduardo Pérez Grately, Fiscal Provincial Penal del Sexto Despacho de Investigación de la Fiscalía Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y delitos conexos de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna, solicita se señale hora y día para llevar a cado Audiencia de Impedimento de salida del país en contra de don César Ricardo Cataño Porras o Adolfo Carhuallanqui Porras.

4.2.- A fojas nueve corre el auto de señalamiento de fecha para la audiencia, la misma que se lleva conforme se acredita con el acta de registro de audiencia, que obra fojas veinte y siguientes.

4.3.- La parte apelante aduce que no se establece de manera razonable y motivada las razones por las cuales es indispensable para la averiguación de la verdad que se dicte el impedimento de salida. El debido proceso tiene dos expresiones, una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que la integran tiene que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento establecido el derecho de defensa, la motivación; y en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como con la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión debe contener³. La razonabilidad de las decisiones judiciales hace referencia a la aceptabilidad de la mismas por las personas, debiendo a la par el jugador acreditar la sumisión a la ley al dictar la resolución. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas, responde a un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y es al mismo tiempo un derecho constitucional de los justiciables, que garantiza que la administración de justicia se lleve cabo de conformidad con la Constitución y las leyes y que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa, siendo uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso, el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos, lo que es acorde con el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución⁴.

4.4.- Contrastada con la resolución materia de apelación, se advierte que contiene adecuada razonabilidad y motivación, la conclusión fluye de la parte considerativa, contiene adecuada exposición de los hechos y se ha aplicado la norma pertinente, no se advierte vicios de incongruencia, explica las razones por las cuales considera procedente lo que señala en la parte resolutive. El jugador da cinco razones por las cuales considera viable el requerimiento del Ministerio Público y las explica con claridad, no advirtiéndose concepto oscuro ni ambiguo de relevancia, que haga suponer infracción al deber de motivación.

4.5.- Se aduce igualmente que los criterios no guardan ningún tipo de relación con la exigencia que hace el artículo 295 del Código Procesal Penal; se ha enumerado características que de ninguna manera justifican la imposición de la medida. El artículo 295 del acotado establece que como presupuesto para la procedencia del impedimento de salida cuando resulte indispensable para la indagación de la verdad, “el impedimento de salida del país, si bien no supone la posibilidad absoluta de evitar la posible fuga, si la hace más difícil, y por ende, la disminución en el riesgo de fuga, pues, en tales condiciones, el imputado verá dificultada su intención de huir al extranjero, y más aún, la de subsistir y trabajar en el otro país”⁵ y es que la averiguación de la verdad tiene como una de las vertientes, cuando el órgano jurisdiccional lo considera conveniente, el arraigo del imputado al territorio nacional y su imposibilidad de su traslado a otro país, es decir es necesario la presencia del imputado en el país, para la averiguación de la verdad.

4.6.- Así las cosas y analizando la resolución de cara al agravio que se sostiene se ha inferido a la parte apelante, se tiene que el jugador considera que se trata de una investigación de trascendencia nacional e internacional, y por ende la investigación es de naturaleza compleja ligada a la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación, que involucra a una cantidad importante de imputados, investiga delito en función de organizaciones delictivas, requiere la realización de pericias que comportan la reuición de una nutrida investigación o de complicados análisis técnicos. Si esto es así la complejidad del caso le otorga un plus de dificultad a la investigación que hace necesaria la presencia del imputado en el país, por lo que el razonamiento es adecuado y no es impertinente y justifican la medida, bajo el razonamiento del a-quo.- De otro lado sostiene igualmente que el Fiscal podría requerir la presencia del investigado para la realización de cualquier acto de investigación; si bien es cierto que el razonamiento es en condicional, sin embargo, el Juggado se ha puesto en ese supuesto, lo que en realidad debilita el razonamiento al no ser objetivo y pre-

³ STC 09727-2005-HC/TC, Fundamento 7

⁴ STC 03329-2010-PHC/TC, fundamento 4

⁵ STC 03016-2007-PHC/TC, fundamento 20

ciso, sin embargo resulta siendo relativamente válido de cara a la averiguación de la verdad. Por lo demás debe estimarse que la investigación está el pleno trámite y el ofrecimiento y la actuación de los actos de investigación, es a lo largo de la duración de todo el periodo investigador.

4.7.- De otro lado se refiere también el Juggador al peligro de fuga, lo que es acorde al razonamiento del Tribunal Constitucional, para estimar procedente la medida, ya que el impedimento de salida “deberá ser dictado razonablemente atendiendo a las necesidades que existan al interior de cada proceso, tales como el asegurar la presencia el imputado en el proceso, el normal desarrollo del mismo, el evitar que se perturbe la actividad probatoria”⁶ siendo del caso indicar que los fundamentos de la parte requirente en el acto de la audiencia, para sostener su petición se centra en que considera necesaria el impedimento de salida, porque no se ha realizado pericias contables, se ha encontrado relación con empresas extranjeras y es necesario asegurar la presencia del imputado en el país.

Por lo indicado, el argumento del juggado no termina siendo impertinente, sino que en contrario sirve para justiciar la medida. De allí que el agravo de la apelación no resulta ser de amparo en esta sede revisora.

4.8.- Sostiene asimismo la parte impugnante, que se puede hablarse del carácter indispensable si no se tiene la certeza sino una lejana posibilidad de la necesaria participación de su patrocinado en los próximos actos de investigación. Se parte de un razonamiento incompleto, sosteniéndose de que es necesario el arraigo en el país, para la participación efectiva y cierta en actos de investigación inminentes. La actuación de los actos de investigación es a lo largo de la etapa investigatoria y en realidad obedece también a la estrategia de las partes el solicitarla, de otro lado no puede soslayarse el peligro de fuga (el mismo que ha sido enfatizado en la apelada, considerando 2.2.4), con mayor razón si como se indica, el imputado viaja frecuentemente al extranjero, lo que persuade de su facilidad para desplazarse hacia otros países, lo que se encuentra corroborado con los numerosos pasaportes que exhibe.

4.9.- De otro lado se sostiene además en la apelación de que no guarda relación con el presupuesto de la indispensabilidad que no existe prueba de las actividades ilícitas de su patrocinado en los países a los cuales ha viajado así como el argumento de que si la persona tiene o no planeado viajar al extranjero, para determinar si esta vulnera o no sus derechos fundamentales. Analizado este argumento se concluye que no guarda en realidad concordancia con los presupuestos para accederse a la medida; el considerando se basa en meros supuestos, y que si existe o no evidencia que en la mayoría de los países el investigado haya realizado actividades ilícitas, tales como ser negocios o indicios que haya realiza turismo (considerando 2.2.4 parte final), no termina siendo del todo claro es ambiguo. No obstante ello esa deficiencia de la apelada no tiene la suficiente entidad de enervar los otros considerandos que se estima son justificatorios de la medida.

De conformidad con el artículo 12° y 41° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

MI VOTO ES POR QUE SE CONFIRME, el auto de fojas veinticuatro y siguientes, su fecha dieciséis de diciembre del año dos mil diez, resolución número tres, que declara fundado el requerimiento de impedimento de salida del país, formulado por el señor Fiscal Provincial del Sexto Despacho de investigación de la Fiscalía Especializada en Tráfico ilícito de drogas contra el señor Cesar Ricardo Cataño Porras o Adolfo Carhuallanqui Porras, con lo demás que le respecta; y se devuelva.

BERMEJO RÍOS.

6 STC 01064-2010-HC fundamento 12

48**APELACIÓN DE AUTO:****PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

"[...] La prisión preventiva procede si fuera absolutamente indispensable para asegurar el desarrollo del proceso y cuando se cumplan los presupuestos materiales consignados en la Ley, si no se dan éstas circunstancias la prisión preventiva no se justifica de ningún modo [...]".

"[...] No se evidencia fundados y graves elementos de conuición para estimar razonablemente que el imputado se encuentre vinculado como autor o partícipe del hurto de cables de cobre [...], lo que existe son posibilidades, corresponderá al Ministerio Público acreditar en el juicio si cabe responsabilidad al imputado en el delito de hurto agravado".

"[...] Estando al fundamento anterior, realizando una prognosis del delito de hurto en grado de tentativa, el imputado podría recibir una condena por debajo de los cuatro años de pena privativa de libertad".

"[...] En relación al arraigo laboral éste se encuentra acreditado con la boleta de pago extendida a favor del imputado por el Jefe de la Unidad de Personal de la Municipalidad Distrital de Camilaca [...], en cuanto al arraigo familiar, se encuentra acreditado con la partida de matrimonio expedida por la Municipalidad del Centro Poblado Cangalli de la Provincia el Collao [...]".

Base Legal: CADH: Art. 7.1º; PIDCP: Art. 9º; CP: Arts. 185º, 186.2º, 186.3º, 186.6º; NCPP: Arts. 253º, 268º, 269º, 270º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA
SALA PENAL DE APELACIONES DE TACNA**

EXPEDIENTE	: 00002-2011-85-2301-SP-PE-01
JUECES	: DE LA BARRA BARRERA, BERMEJO RÍOS, TITO PALACIOS
ACUSADO	: REYNALDO VILLACA ANCO
AGRAVIADO	: EMPRESA SOUTHER PERÚ COOPER CORPORATION
DELITO	: HURTO AGRAVADO Y OTRO

Resolución N° Siete
Tacna, veinte de mayo
Del año dos mil once

VISTA Y OÍDA:

La Audiencia Pública de Apelación de Auto, con la asistencia del imputado Reynaldo Villaca Anco y su abogada defensora Jéssica Leonor Flores Ramírez, del Fiscal Superior Adjunto de la Primera Fiscalía Superior Penal abogado Luis Alberto Bustamante Daza e interviniendo como Juez Superior Ponente y Director de Debates el magistrado José Felipe de la Barra Barrera.

I.- PLANTEAMIENTO DEL CASO

1.- Viene a conocimiento de la Sala Penal Superior, la apelación interpuesta por la representante del Ministerio Público contra la resolución número dos de fecha 14 de febrero del año 2011, que declara Infundado el requerimiento de prisión preventiva contra el imputado Reynaldo Villaca Anco a fin de que se revoque la indicada resolución y reformándola se declare fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado.

II.- FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Del Ministerio Público a fin que se revoque la resolución impugnada.

2.- En la Audiencia de Apelación, el representante del Ministerio Público solicita se revoque la resolución impugnada y reformándola se disponga la prisión preventiva del imputado, teniendo en cuenta que el imputado ha participado en los delitos de hurto agravado y hurto en grado de tentativa en agravio de la Empresa Souther Perú Cooper Corporation.

3.- Señala que el imputado en compañía de otras personas sustrajeron cable de la Empresa agraviada los días ocho y diez de febrero del presente año según consta de las respectivas denuncias y actas de consta-

tación efectuada por la Policía Nacional y el once de febrero la empresa tuvo conocimiento que dentro de su instalaciones habían ingresado sujetos desconocidos, puesto en conocimiento de la policía, ésta realizó un operativo, encontrando huellas de personas que habían ingresado, al otro día, logran ubicar unas motocicletas que se encontraban abandonadas, camufladas, tapadas con frazadas para no ser identificadas y logran divisar siete personas, seis escapan y se logra captura al hoy procesado.

4.- Precisa que los elementos de convicción vienen a ser la detención del imputado, las motocicletas encontradas, la propia declaración del imputado quien reconoce que el once de febrero había ingresado a las instalaciones de la empresa agraviada, burlando el control, reconoce que se escondieron y pasaron toda la noche del once de febrero en ese lugar, reconoce que fue a ese lugar con la hipótesis que iban a recoger cobre de un supuesto basural que estaba en la empresa, reconoce que no pudo darse a la fuga, bajo estos elementos de convicción primarios, se demuestra que si existe elementos de convicción del delito de hurto agravado los días ocho y diez de febrero y un delito en grado de tentativa el once de febrero.

5.- Sostiene que el Juez da credibilidad a lo argumentado por el imputado de que no iba a robar, que supuestamente iba a recoger cobre en el basural de esa empresa, que desconocía que esa acción constituye delito, a pesar que tiene secundaria completa.

6.- En cuanto a la pena probable, considera que estamos ante un delito de hurto agravado y uno de hurto en grado de tentativa, lo que nos permite deducir que va a superar los cuatro años de pena privativa de libertad.

7.- En cuanto al peligro procesal el Juez indica de que no existe elementos de convicción que el imputado tenga una labor actual de trabajo, no existe elementos de convicción de un arraigo familiar, pero si considera que tendría un arraigo domiciliario, manifiesta si el Juez está convencido que no tiene arraigo laboral, la pregunta es de que vive esta persona, será suficiente solo acreditar el arraigo domiciliario para prever que no se va a sustraer de la acción de la justicia.

8.- Precisa que existe una constancia domiciliaria presentada por el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Camilaca, ha presentado una Partida de Matrimonio para acreditar arraigo familiar, puede ser que esta persona sea casada pero no hay un elemento de convicción que convive con esa persona, en todo caso la constancia domiciliaria si fuera cierto hubiese constatado que vive con una familia, lo que no lo dice.

De la Defensa Técnica del imputado a fin que se confirme la resolución impugnada

9.- La defensa técnica del imputado solicita se confirme la resolución recurrida, ya que el imputado es un joven que procede del Departamento de Puno que por mejores condiciones de vida se traslada al centro poblado de Camilaca en la Provincia de Candarave, acepto la propuesta de Edgar Mamani Mamani para que participe del recojo de cobre de un basurero, por lo que se le debe investigar por el delito de hurto en grado de tentativa, no hay elementos de convicción que acredite que ha participado en los hechos sucedidos el ocho y nueve de febrero del año en curso; precisa que el once de febrero no se ha logrado sustraer ningún cable, en el momento de su intervención en su poder no se encontrado ningún cable de cobre ni de bronce.

10.- Indica que es una persona tranquila, que nunca ha tenido que ver con la justicia, no tiene antecedentes penales ni policiales, se encuentra en el Padrón Electoral de Camilaca, no se le puede quitar su libertad por hechos anteriores al once de febrero basado en subjetividades, asegura que se encuentra dispuesto a acudir a todas las diligencias que sea llamado.

11.- Indica que haciendo una prognosis de la pena, se tiene que éste delito está penado con una pena de tres a seis años, por lo que siendo el delito en grado de tentativa, esta no superaría la pena mínima por lo tanto no debe proceder la revocatoria de la resolución recurrida.

12.- En cuanto al peligro procesal, señala que cuenta con arraigo domiciliario, según se advierte de la constancia domiciliaria expedida por el Alcalde de Camilaca, según la Ficha Reniec indica que ha nacido en Puno, pero en la misma ficha se indica que domicilia en el Anexo de Camilaca, además, cuenta con un trabajo fijo y en ese acto pone a conocimiento de la Sala Penal una boleta de pago de la Municipalidad de Candarave.

III.- CONSIDERANDOS:

Fundamentos Jurídicos

13.- Para decretar el mandato de prisión preventiva como medida de coerción procesal extrema, se requiere que concurren los tres presupuestos materiales señalados por el artículo 268° del Código Procesal Penal, esto es: a) Que exista fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor del mismo; concordando éste presupuesto con los preceptos generales de las medidas de coerción previstas en el artículo 253° del referido Código, se requiere que exista suficientes elementos de convicción que posibilite la restricción al derecho fundamental de la libertad; b) Que, exista la posibilidad de que la pena a imponerse sea superior a los cuatro años; y, c) Que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias particulares, permita prever razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

14.- Con relación al peligro de fuga y al peligro de obstaculización, los artículos 269° y 270° del mismo Código, establecen criterios para evaluar ambas conductas; así tenemos: el arraigo en el País del imputado, la gravedad de la pena, la importancia del daño resarcible, el comportamiento del imputado durante el procedimiento u otro procedimiento anterior; el riesgo razonable que el imputado pueda destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, o influir, negativamente con respecto a los coimputados, testigos o peritos para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o inducir a otros realizar tales compartimientos.

15.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la Sociedad y el Estado, consagra el primer artículo de nuestra Constitución Política y sobre éste eje gira todo nuestro ordenamiento jurídico; a su vez, el artículo 7.1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que "Toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales"; el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que "la detención preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio y en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

16.- Pese a éstas consideraciones debe tenerse en cuenta que los derechos fundamentales en principio no son absolutos, admiten excepciones, por ello es legalmente permitido que cuando ocurra determinadas circunstancias se restrinja el uso y disfrute de éste bien, pues dada la gravedad del delito, resulta lógico que el imputado no se someta voluntariamente a las actuaciones procesales o pretenda alterar u obstaculizar la averiguación de la verdad, consecuentemente la prisión preventiva procede si fuera absolutamente indispensable para asegurar el desarrollo del proceso y cuando se cumplan los presupuestos materiales consignados en la ley, si no se dan éstas circunstancias la prisión preventiva no se justifica de ningún modo, ya que una medida excepcional no puede trascender a los fines del proceso, de ésta manera se mantendrá vigente los derechos humanos como una condición necesaria para la justicia en democracia.

17.- El delito de Hurto agravado materia del requerimiento de prisión preventiva, se encuentra previsto en el artículo 185° tipo de base y artículo 186°, numeral 2,3 y 6 del Código Penal.

Fundamentos Fácticos

18.- En cuanto al primer presupuesto, se atribuye al imputado Reynaldo Villaca Anco el delito de Hurto Agravado, en razón que los días ocho y diez de febrero del presente año, se registraron dos denuncias de hurto de cables de cobre en el asiento minero de Toquepala; del mismo modo se atribuye al indicado imputado el delito de Hurto en grado de tentativa, en razón que el once de febrero ingresó en compañía de otras personas a la Empresa Souther Perú Cooper Corporation, a fin de sustraer cables de cobre, lo que no se consumó por la oportuna intervención de la policía, que logró aprehender al imputado por el que se solicita prisión preventiva y el resto de sus cómplices lograron huir.

19.- De las investigaciones preliminares actuadas por la Policía se advierte que existen suficientes elementos de convicción que el imputado en compañía de otras personas ingresaron el once de febrero del año en curso, a la empresa agraviada con la intención de sustraer ilegalmente cables de cobre, éstos elementos de convicción como lo señala el Ministerio Público, se aprecian en las herramientas encontradas en el lugar

de los hechos para cometer el hurto, a las declaraciones del imputado y el hecho mismo de ser detenido en dicho lugar; sin embargo, no se evidencia fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente que el imputado se encuentre vinculado como autor o partícipe del hurto de cables de cobre acaecidos los días ocho y diez de febrero del presente año, lo que existe son posibilidades; corresponderá al Ministerio Público acreditar en el juicio si cabe responsabilidad al imputado en el delito de hurto agravado.

20.- Estando al fundamento anterior, realizando una prognosis del delito de hurto en grado de tentativa, el imputado podría recibir una condena por debajo de los cuatro años de pena privativa de libertad.

21.- En cuanto al peligro procesal el Juzgado determinó que existe arraigo domiciliario, lo que no ha sido impugnado, por lo que no es materia de análisis éste extremo; en relación al arraigo laboral éste se encuentra acreditado con la boleta de pago extendida a favor del imputado por el Jefe de la Unidad de Personal de la Municipalidad Distrital de Camilaca, adjuntado en la Audiencia de Apelación, en cuanto al arraigo familiar, se encuentra acreditado con la partida de matrimonio expedido por la Municipalidad del Centro Poblado Cangalli de la Provincia el Collao, el hecho de que no se ha acreditado que ambos esposos tengan hijos, no quiere decir, que no tengan arraigo familiar, en todo caso, el Ministerio Público no ha desvirtuado la afirmación del imputado que cuenta con el indicado arraigo; referente a la personalidad del imputado, no se advierte que el mismo tenga antecedentes penales o policiales, no es una persona proclive al delito.

22.- Bajo éste contexto, no se evidencia la concurrencia copulativa de los presupuestos que establece la ley para dictar prisión preventiva, lo que determina que debe confirmarse la recurrida, debiendo advertirse que cualquier vulneración a las reglas de conducta establecidas traería como efecto la conversión de la medida de comparecencia con restricciones a una medida de prisión preventiva.

III.- RESOLUCIÓN

Por los fundamentos de hecho y de derecho expuestos y en aplicación de los artículos doce y cuarenta y uno del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; este Colegiado por unanimidad; **RESUELVE:**

CONFIRMAR el auto de fecha catorce de febrero del año dos mil once, que declara **INFUNDADO** el requerimiento de prisión preventiva formulado por La Fiscal Provincial de La Fiscalía Provincial Mixta de la Provincia Jorge Basadre en contra del imputado REYNALDO VILLACA ANCO con lo demás que contiene.

APELACIÓN DE AUTO:**49****NO ES REQUISITO PREVIO LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PARA EMITIR ACUSACIÓN DIRECTA**

"[...] La Acusación directa, en el mismo contexto del nuevo modelo procesal penal, viene reseñada por un lado como una de las alternativas para descongestionar la carga procesal y por otro para propiciar la celeridad de los procesos penales por las llamadas salidas tempranas (terminación anticipada, proceso inmediato, conformidad, etc.), siendo la esencia de estos procesos especiales o simplificados la relación tiempo-proceso-costos; así el tiempo o plazo que debe durar un proceso constituye una materia de interés para el propio imputado como para el Estado mismo, así también lo dispone la Convención Americana de Derechos Humanos".

"[...] En conclusión en este aspecto, esta Sala considera que en los casos de Acusación directa de conformidad con el artículo 336° numeral 4 del CPP no es necesario requerir que el Fiscal emita previamente disposición por la cual formalice y continúe la Investigación Preparatoria".

Base Legal: Const.: Art. 139.3°; NCPP: Arts.150.d, 286°, 336.1°, 336.4°, 349.4°, 350.c, 415°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA
SALA PENAL DE APELACIONES DE PIURA**

EXPEDIENTE	: 2009-05267-0-2001-JR-PE-2
JUECES	: CHECKLEY SORIA, URREGO CHUQUIHUANGA, GÓMEZ TAVARES
ACUSADO	: LUIS ALBERTO JIMÉNEZ APARICIO
AGRAVIADA	: ANTHONY YEFERSON JIMÉNEZ GONZALES
DELITO	: INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Resolución N° cinco
Piura, tres de agosto
Del año dos mil nueve

OIDA LA AUDIENCIA de Vista de causa de Apelación contra la resolución de fecha seis de julio del dos mil nueve del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Piura que declaró infundado el requerimiento de nulidad absoluta del decreto de fecha 24 de junio del dos mil nueve por el cual se dispuso la devolución del requerimiento de la Fiscalía de acusación directa al no cumplir con señalar la medida coercitiva a imponerse y no emitir la respectiva Disposición de Formalización; Y **CONSIDERANDO**:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha seis de julio del actual año se expidió la resolución número dos por la cual se declaró infundado el requerimiento de nulidad absoluta del decreto de fecha 24 de junio del 2009, considerando que mediante Decreto uno de fecha 24 de junio del actual, devolvió la acusación directa formulada por la Fiscalía a fin que previamente presente la formalización de la investigación preparatoria de conformidad con el artículo 336° incisos 1 y 4 del CPP, en el cual no se hace mención que la Fiscalía no debe formalizar la investigación preparatoria, ya que de lo contrario el legislador lo habría establecido claramente, y tratándose de un requerimiento la Fiscalía debía subsanarlo, debiendo además presentar por la Fiscalía la medida de coerción a imponerse, no cumpliendo con señalar ninguna de ellas;

DE LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

SEGUNDO.- En la Audiencia de la fecha, el Fiscal Superior argumentó que en el proceso de Omisión de Asistencia Familiar en el caso materia de apelación, luego del requerimiento de pago y hacerse efectivo el apercibimiento se ejerció la acción penal, realizándose las diligencias preliminares, no presentándose el imputado por lo cual el Fiscal al contar con los elementos suficientes de convicción requirió acusación directa de conformidad con el artículo 336° del CPP, siendo este requerimiento devuelto por un decreto de la Juez en virtud de un acuerdo de magistrados al no cumplir con señalar la medida coercitiva y no adjuntar la formalización y continuación de la investigación preparatoria, frente a este decreto el Fiscal dedujo nulidad absoluta en mérito al artículo 150° literal d) del CPP; refiere que hay dos temas, el de las medidas coercitivas y de la formalización de la investigación preparatoria en un mecanismo como la Acusación directa; en cuanto a la formalización de la investigación preparatoria regulada en el artículo 336°, en ninguno se precisa que paralelo a ello debe requerir el Fiscal la medida coercitiva correspondiente, el artículo 349° numeral 4 del

CPP no señala que deberá sino indicará, con lo cual no es necesario que se haya impuesto una medida coercitiva que puede ser personal o real, debiéndose considerar el artículo 350° que señala que los demás sujetos procesales podrán solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción; agrega, que Talavera señala que en la audiencia preliminar se debatirá entre otras cuestiones las referidas a la coerción procesal, con lo cual no necesariamente la acusación directa tiene que ir con una medida coercitiva; asimismo Reyes Alvarado de Huaura refiere que en el nuevo modelo procesal penal el Fiscal no está obligado a requerir medida de carácter personal o real, ello se vincula con el principio de necesidad de dichas medidas; el otro tema es si en la acusación directa debe o no formalizarse la investigación preparatoria, tal como señala el artículo 336° numeral 4) del CPP, siendo la finalidad de la misma reunir los elementos de convicción por lo cual si ya los tengo no tiene razón formalizarla; abona a ello la doctrina como Burgos quien señala que si el Fiscal considera podrá formular una acusación y si cuenta con los elementos de convicción no presentará su disposición de formalizar la investigación preparatoria; Espinoza Goyena refiere que en la acusación directa ello requiere la existencia de una causa probable con grado de conocimiento bastante alto que signifique la prescindencia de la investigación formal, con lo cual se concluye que la decisión del Juez de Investigación Preparatoria se obstaculiza la posibilidad de la acusación directa en los delitos de bagatela que son un gran porcentaje de las causas presentadas, siendo la Acusación directa una herramienta que define el Fiscal por estrategia que permite un control de la acusación que posibilita otras salidas tempranas, lo cual no sucede con un Proceso Inmediato que cierra la posibilidad de salidas tempranas; por ello solicita se declare nulo el auto apelado y el decreto, a fin el Juez de la Investigación Preparatoria realice el control de la acusación;

FUNDAMENTACION FÁCTICA Y JURÍDICA

TERCERO.- En el presente caso, como es de verse se plantean además de las dos situaciones formuladas por la Fiscalía, una más que está vinculada con un aspecto formal, esto es, si tratándose de un decreto debió presentarse un requerimiento de nulidad; en este sentido se dan pues tres puntos sobre los cuales esta Sala debe pronunciarse: 1) calificación de la resolución por la cual se devuelve el requerimiento; 2) necesidad que el Fiscal determine la medida coercitiva cuando se trata de una Acusación directa; y 3) si cuando se trata de una acusación directa se requiere previamente que el Fiscal haya formalizado la investigación preparatoria;

CUARTO.- La Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Piura devolvió mediante decreto de fecha 26 de junio del 2009 el requerimiento de Acusación directa formulado por la Fiscalía, a fin se señale la medida coercitiva a imponerse al imputado así como se adjunte la respectiva disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, el mismo que de conformidad con el artículo 415° del CPP debió ser materia de un recurso de reposición y no de nulidad como se formuló; sin embargo, pese a ello, se expidió por la referida Juez con fecha seis de julio del actual auto declarando infundado el requerimiento de nulidad, y por este mérito que esta Sala conoce del presente caso; dada la importancia de la materia, la decisión que se adopte sobre la misma tiene consecuencias para una mejor aplicación del nuevo Código Procesal Penal, sobre todo desde una perspectiva de orientación práctica como una herramienta eficiente y eficaz; bajo esta premisa, se analizan los otros dos temas presentados en la audiencia de apelación;

QUINTO.- Respecto la necesidad que el Fiscal determine la medida coercitiva cuando se trata de una Acusación directa, de conformidad con el artículo 349° inciso 4 del CPP, el contenido de la acusación, entre otros aspectos, indicará las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda, con lo cual queda meridianamente claro que es una facultad del Fiscal, acorde ello con la función constitucionalmente establecida por un lado de ser el titular de la acción penal y por otro, con arreglo al principio acusatorio de cumplir el rol que le compete de solicitar las medidas coercitivas cuando lo considere; en ese sentido, no resultaría factible exigir que en los casos de acusación directa el Fiscal se vea obligado a solicitar una medida coercitiva; en todo caso, si no la señala resulta de aplicación la regla general establecida en el artículo 286° del CPP, esto es, si el Fiscal no solicita prisión preventiva, la medida es de comparecencia simple;

SEXTO.- En cuanto a si para que proceda una acusación directa es requisito previo que el Fiscal haya formalizado la Investigación Preparatoria, debemos señalar que si bien es cierto el texto del artículo 336° se encuentra ubicado en la parte pertinente del Código Procesal Penal referida a la Investigación Preparatoria, más aun cuando dicho artículo se refiere a la formalización y continuación de la precitada investigación, en ese contexto una posible interpretación llevaría a concluir que efectivamente previa la acusación directa resultaría necesario por la Fiscalía la disposición que formaliza y decide continuar dicha investigación preparatoria; sin embargo, tenemos que la Acusación directa, en el mismo contexto del nuevo modelo procesal penal, viene reseñada por un lado como una de las alternativas para descongestionar la carga procesal

y por otro para propiciar la celeridad de los procesos penales por las llamadas salidas tempranas (terminación anticipada, proceso inmediato, conformidad, etc.), siendo la esencia de estos procesos especiales o simplificados la relación tiempo-proceso-costos; así el tiempo o plazo que debe durar un proceso constituye una materia de interés para el propio imputado como para el Estado mismo, así también lo dispone la Convención Americana de Derechos Humanos (instrumento internacional ratificado por el Estado peruano) cuando en el artículo séptimo numeral quinto señala que “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”, lo cual es reiterado en el artículo octavo numeral primero de la citada Convención; ello lo ha hecho suyo el Tribunal Constitucional peruano en reiterada jurisprudencia cuando se pronuncia que considera que el derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad, que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional, añadiendo que se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en el artículo 139° numeral 3 de nuestra Constitución y en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana;

SÉTIMO.- En el caso concreto, se trata de un proceso por Incumplimiento de Obligación Alimentaria (Omisión a la Asistencia Familiar), esto es, uno donde ante el incumplimiento del pago de los alimentos ordenados en un proceso civil en el cual las partes hicieron valer ya sus argumentos, además por la información estadística de esta Corte Superior (y probablemente sea el mismo comportamiento en los demás distritos judiciales) constituye el mayor número de carga procesal (idéntica situación se daba en el modelo procesal penal anterior), argumentos que abundan y favorecen para que procesos de estas características culminen mediante salidas tempranas o vías rápidas; otro aspecto a señalar es que al ser el Fiscal el titular de la acción penal y el encargado de la investigación, como señala el artículo 336° numeral 4 del CPP si éste considera que de las diligencias actuadas preliminarmente se establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación, lo cual significa saltarse hasta la siguiente fase del proceso (etapa intermedia) prescindiendo en consecuencia de la etapa de la investigación formal; a decir de Espinoza Goyena (¹) ello tienen absoluta lógica ya que el acto de acusación “que es en rigor el acto en que se concreta la pretensión punitiva, requiere haber llegado al conocimiento de los hechos en alta probabilidad; se exige por ello un estándar probatorio más elevado”, concluyendo que “la idea que subyace a esta exigencia del artículo 336°. 4, o sea, la previa realización de diligencias preliminares, es dotarle a dicha acusación directa de la suficiente consistencia probatoria para no generar la paradoja o el riesgo de un sobreseimiento precisamente por falta de prueba suficiente”; en ese mismo sentido señala Burgos Alfaro (²) que cuando se trata de la Acusación Directa el fiscal no presentará su disposición de formalización de la investigación preparatoria; así es el fiscal quien debe definir la necesidad o no de una investigación, todo ello apuntando además que a partir de la misma construye su estrategia de teoría del caso, en ese sentido, si en opinión del fiscal como titular de la acción penal considera que de las diligencias actuadas preliminarmente se establece suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, no resulta necesario imponerse que formalice una investigación preparatoria (cuya finalidad es precisamente obtener los elementos que le permitan acusar lo cual el Fiscal señala que ya lo tiene), por lo que formulada la acusación directa, como refiere Vásquez Ganoga (³) el Juez de la Investigación Preparatoria no tiene otra posibilidad que la de instaurar la etapa intermedia; en conclusión en este aspecto, esta Sala considera que en los casos de Acusación directa de conformidad con el artículo 336° numeral 4 del CPP no es necesario requerir que el Fiscal emita previamente disposición por la cual formalice y continúe la Investigación Preparatoria;

DECISIÓN

REVOCARON la resolución de fecha seis de julio del dos mil nueve del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Piura que declaró infundado el requerimiento de nulidad absoluta del decreto de fecha 26 de junio del dos mil nueve, **REFORMANDOLA** la declararon fundada y **DISPUSIERON** que el Juez de la Investigación Preparatoria admita el requerimiento de Acusación Directa teniendo en cuenta los considerandos expuestos precedentemente, en los seguidos contra Manuel Antonio Vilela Saucedo por el delito de Incumplimiento de Obligación Alimentaria en agravio de Kiara Jahaira Vilela Silva, comunicándose a las partes.

1 Julio César Espinoza Goyena. Nueva Jurisprudencia 2006-2008. Nuevo Código Procesal Penal. Editorial Reforma. Primera Edición, enero 2009, pág. 28.

2 José Burgos Alfaro. El Nuevo Proceso Penal. Su aplicación en la práctica, con jurisprudencia y comentarios críticos. Editorial Grijley, pág. 202.

3 Carlos Zúe Vásquez Ganoga. Acusación directa vs. Proceso inmediato. Gaceta Jurídica. En Diálogo con la jurisprudencia, N° 116, mayo 2008 – año 13, págs. 261-268.

50

APELACIÓN DE AUTO:**PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

"[...] Se tiene que a los imputados [...] no se les decretó prisión preventiva por el supuesto que al momento del hecho se encontraban como internos en el Penal de Río Seco, lo cual quedó desvirtuado con el Informe del INPE presentado por el Fiscal Superior en esta audiencia, quedando evidenciado que dichos imputados cuentan con antecedentes penales, fueron sindicados por los testigos [...], no han acreditado arraigo domiciliario [...]".

"[...] En cuanto al imputado [...] de lo expuesto por la Defensa se tiene que por un lado los elementos de convicción, básicamente la declaración de [...] no concuerda con lo señalado por el otro testigo [...], se acredita su arraigo familiar y domiciliario así como según señala la defensa tiene trabajo conocido, por lo cual no concurre el primer presupuesto material de existencia de fundados y graves elementos de convicción que lo vinculen con el delito imputado, por lo cual deberá variarse la prisión preventiva a una medida de menor intensidad como la comparecencia restrictiva".

Base Legal: CP: Arts. 189º; NCPP: Arts. 268º, 269º, 270º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA
SALA PENAL DE APELACIONES DE PIURA**

EXPEDIENTE	: 2009-00953-53-2001-JR-PE-2
JUECES	: CHECKLEY SORIA, URREGO CHUQUIHUANGA, GOMEZ TAVARES
ACUSADOS	: MARCO ANTONIO RAYMUNDO MACAVILCA Y OTROS
AGRAVIADO	: LIBRERÍA EL PACIFICO Y OTROS
DELITO	: ROBO AGRAVADO

**Resolución N° Once
Piura, quince de mayo
Del año dos mil nueve**

OIDA LA AUDIENCIA, de Vista de causa de Apelación contra el mandato de prisión preventiva y de denegatoria del mismo mandato ordenado por el Segundo Juggado de Investigación Preparatoria de Sullana de fecha treinta de abril del dos mil nueve que por un lado declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el representante del Ministerio Público respecto de los imputados Saavedra Yacila, Atto Nole, Tiravanti Cubas y Raymundo Macavilca, así como la denegatoria en cuanto a los imputados Chávez Gómez y Reyes Falla; Y **CONSIDERANDO**:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha treinta de abril del dos mil nueve se realizó la audiencia solicitada por la Fiscalía requiriendo la prisión preventiva de los imputados Saavedra Yacila, Atto Nole, Tiravanti Cubas, Raymundo Macavilca, Chávez Gómez y Reyes Falla por el delito de Robo Agravado en agravio de Librería El Pacífico, Bernardo Cornejo Navarro, Abelardo Herrera Alburqueque, Guisella del Pilar Lloclla Rivera e Isabel Cristina Castillo Atoche, tipificado en el artículo 189º primer párrafo incisos dos, tres y cuatro y segundo párrafo inciso primero del Código Penal;

SEGUNDO.- Por resolución de la misma fecha se declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra los imputados Saavedra Yacila, Atto Nole, Tiravanti Cubas y Raymundo Macavilca, considerando que se encuentran vinculados con el delito por el reconocimiento fotográfico de ficha RENIEC por parte del testigo Edwin Gutiérrez Váldez así como del agraviado Cornejo Navarro, cuando con fecha seis de marzo del dos mil nueve a las veintiún horas con cuarenta y cinco minutos aproximadamente seis sujetos ingresaron a las instalaciones de la Librería el Pacífico en la ciudad de Sullana, atacaron al vigilante Cornejo Navarro, sustrayendo dinero de la caja de la Librería. En cuanto a los imputados Chávez Gómez y Reyes Falla niega el requerimiento fiscal de prisión preventiva porque considera que el argumento de la defensa en el sentido que se encuentran internos en el Penal no ha sido desacreditado por el Fiscal;

DE LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

TERCERO.- ARGUMENTOS DEL FISCAL. En la Audiencia de la fecha el Fiscal argumenta que del Informe

remitido por el INPE los imputados Chávez Gómez y Reyes Falla se encuentran fuera del centro penitenciario gozando el primero con el beneficio de Semilibertad desde el 10 de abril del 2008, y el segundo con Liberación condicional desde el 30 de diciembre del 2008, por lo cual cuentan con antecedentes, más aun cuando fueron vinculados con el delito por las declaraciones de los testigos Morales Morales y Gutiérrez Valdez, con lo cual existe peligro procesal dada la gravedad del delito ya que el agraviado Cornejo Navarro falleció el 20 de abril del actual, por lo que debe revocarse la resolución venida en apelación y decretarse la prisión preventiva para ambos; agregó el señor Fiscal que en cuanto al imputado Raymundo Macaulca, éste se encuentra vinculado con la declaración del testigo Gutiérrez Valdez quien lo señaló como uno de los partícipes, además si bien cuenta con domicilio no tiene trabajo conocido; respecto de los imputados Saavedra Yacila, Tiravanti Cubas y Atto Nole, éstos se encuentran vinculados a partir de las declaraciones y reconocimientos de Gutiérrez Valdez en cuanto a Saavedra Yacila y del agraviado occiso Cornejo Navarro respecto de Tiravanti Cubas y Atto Nole; no se conoce sus domicilios ni tienen trabajos conocidos con lo cual no tienen arraigo de ningún tipo, por lo que deberá confirmarse la prisión preventiva; agregó que los imputados Tiravanti Cubas y Chávez Gómez no cuentan con DNI;

CUARTO.- ARGUMENTOS DE LA DEFENSA. El abogado defensor del imputado Raymundo Macaulca señala que la declaración y reconocimiento del testigo Gutiérrez Valdez no es consistente, puesto que su descripción física no coincide con la de su cliente; no existe otro elemento que lo vincule con el delito, cuenta con arraigo familiar y domiciliario y es obrero de construcción civil; la defensa de los imputados Saavedra Yacila, Tiravanti Cubas y Atto Nole señala que por la posición en la cual se encontraban los testigos en el momento del evento delictivo no es posible que se haya reconocido alguna persona, más aún cuando los participantes se encontraban con viseras; más aún cuando el testigo Gutiérrez no describió previamente a los intervinientes;

FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

QUINTO.- La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad individual y procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del proceso penal, y así resulta ser una medida excepcional que para su imposición requiere la existencia de los presupuestos materiales señalados en el artículo 268° del Código Procesal Penal, esto es: a) fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo, b) la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad y c) el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización), agregando la aludida norma que dichos presupuestos deben ser concurrentes;

SEXTO.- Debe resaltarse que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia señala que el derecho a la libertad personal, como todo derecho fundamental, no es absoluto y el artículo 2º, inciso 24), ordinales "a" y "b", establece que está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley, agregando que a tal efecto, los límites que puede imponerse son intrínsecos y extrínsecos; los primeros se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión, mientras que los segundos provienen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales; así, respecto de las medidas coercitivas, específicamente la de detención o prisión preventiva, ha señalado que si bien ésta constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, no es inconstitucional, pero, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al imputado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, solo puede dictarse en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general (¹);

SÉTIMO.- Para el caso del peligro procesal, el Tribunal Constitucional ha señalado que "[...] la existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado

¹ Exp. N.º 0872-2007-PCC/TC. El Santa. Angélica Maribel Malpica López. <http://www.tc.gob.pe>

de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios por no encontrarse razonablemente justificados". [Exp. N° 1567-2002-HC/TC, Caso Rodríguez Medrano];

OCTAVO.- En el caso materia de apelación de lo expresado en la audiencia se tiene que a los imputados Chávez Gómez y Reyes Falla no se les decretó prisión preventiva por el supuesto que al momento del hecho se encontraban como internos en el Penal de Río Seco, lo cual quedo desvirtuado con el Informe del INPE presentado por el Fiscal Superior en esta audiencia, quedando evidenciado que dichos imputados cuentan con antecedentes penales, fueron sindicados por los testigos Morales Morales y Gutiérrez Valdez, no han acreditado arraigo domiciliario porque de las verificaciones hechas por el Fiscal los domicilios en un caso el del DNI y en otro de los antecedentes de los procesos anteriores no corresponden, ya que Chávez Gómez no cuenta con DNI, con lo cual para esta Sala concurren los tres presupuestos establecidos por el artículo 268° del CPP para decretar la prisión preventiva, ya que la pena probable sería superior a los cuatro años, teniendo en cuenta además el fallecimiento del agraviado Cornejo Navarro, por lo cual deberá revocarse la decisión del JIP y decretarse la prisión preventiva; en cuanto al imputado Raymundo Macavilca de lo expuesto por la Defensa se tiene que por un lado los elementos de convicción, básicamente la declaración de Gutiérrez Valdez no concuerda con lo señalado por el otro testigo Morales Morales, se acredita su arraigo familiar y domiciliario así como según señala la defensa tiene trabajo conocido, por lo cual no concurre el primer presupuesto material de existencia de fundados y graves elementos de convicción que lo vinculen con el delito imputado, por lo cual deberá variarse la prisión preventiva a una medida de menor intensidad como la comparencia restrictiva; respecto de los imputados Saavedra Yacila, Tiravanti Cubas y Atto Nole, debe señalarse que concurren los tres presupuestos y no han sido desvirtuados en esta audiencia por lo cual deberá mantenerse la prisión preventiva;

DECISIÓN

CONFIRMARON la resolución de fecha treinta de abril del dos mil nueve en el extremo que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra los imputados Christian Alexander Saavedra Yacila, Francisco Fabián Atto Nole y Jorge Luis Tiravanti Cubas;

REVOCARON la improcedencia del requerimiento de prisión preventiva contra los imputados Luis Antonio Chávez Gómez y Helmer Reyes Falla, **REFORMANDOLA DECLARARON** procedente el requerimiento de prisión preventiva sobre los imputados antes señalados Chávez Gómez y Reyes Falla;

REVOCARON en el extremo que declara fundado el requerimiento de prisión preventiva contra el imputado Marco Antonio Raymundo Macavilca, **REFORMANDOLA** dispusieron la **COMPARENCIA RESTRICTIVA** con las siguientes reglas de conducta: a) no variar el domicilio señalado sin la autorización de la autoridad competente, b) presentarse cada 30 días a la autoridad competente y c) concurrir a todas las citaciones por este proceso, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de revocarse este mandato; ordenándose el levantamiento de las órdenes de captura en su contra; En los seguidos por el delito de Robo Agravado en agravio de Librería EL Pacífico y otros, comunicándose a las partes.

APELACIÓN DE AUTO:**TUTELA DE DERECHOS PARA LA EXCLUSIÓN DE MATERIAL PROBATORIO**

"[...] Conforme a lo establecido en el fundamento 19 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 [...] señala que la vía de Tutela Judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la Investigación preparatoria propiamente dicha, por lo que encontrándose el proceso en etapa intermedia, constituye la audiencia de control de acusación, la actuación procesal oportuna para que se realice el control de la legalidad de los elementos de convicción o fuentes de prueba que ofrece el representante del Ministerio Público".

"[...] Por la naturaleza de los medios probatorios que se cuestionan y por la oportunidad que se realiza, se concluye que la defensa del investigado Castro Rojas, tiene la oportunidad, como así se afirma en la recurrida, de discutir el material probatorio y lograr su exclusión de ser el caso, en la audiencia preliminar de la etapa intermedia según aparece establecido en el artículo 352. 5 en concordancia con el artículo 155. 2 del Código Procesal Penal, cuando el Ministerio Público ofrezca oralmente como material probatorio el contenido del audio visual y auditivo de las videos grabados los días primero y dos de febrero de 2011".

Base Legal: NCPP: Arts. 71.4º, 155.2º, 352.5º; AP: N° 04-2010/CJ-116

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA PENAL DE APELACIONES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - LIMA**

EXPEDIENTE	: 00005-2011-16-1826-JR-PE-02
JUECES	: CASTAÑEDA OTSU, SALINAS SICCHA, MAITA DORREGARAY
ACUSADO	: CASTRO ROJAS, GERARDO LEONIDAS
AGRAVIADO	: ESTADO
ASISTENTE JURISD.	: CORONADO ZEGARRA, SUSAN K.
DELITO	: COHECHO Y OTROS

Resolución N° Seis

Miraflores, siete de setiembre

De año dos mil once

AUTOS Y OIDOS: Viene en apelación la resolución N° 09 de fecha 15 de agosto del año en curso, que resolvió declarar improcedente la solicitud de tutela de derechos formulada por el imputado Gerardo Leónidas Castro Rojas, mediante la cual solicita la exclusión del material probatorio contenido en el material audio visual y auditivo de las video vigilancias realizadas los días primero y dos de febrero último, en el proceso que se le sigue como presunto autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Cohecho Activo Genérico y otros, en agravio del Estado; recurso impugnatorio interpuesto por la defensa del citado investigado; interviene como ponente el Juez Superior RAMIRO SALINAS SICCHA y, **ATENDIENDO:**

PRIMERO: La abogada defensora del imputado Gerardo Leónidas Castro Rojas, en su recurso impugnatorio de fecha 19 de agosto del año en curso, expresa como agravios que: la resolución impugnada vulnera el contenido esencial y garantías constitucionales, al impedir a su patrocinado obtener una resolución de fondo y legitimar los actos que atentan contra sus derechos; no existe fundamento normativo para declarar improcedente una solicitud de tutela de derechos por encontrarse la investigación en etapa intermedia, sin perjuicio que su trámite se realiza en cuerda separada; alega que en presente caso ha operado la "teoría de los derechos adquiridos", al haber sido presentada la solicitud de tutela de derechos en el curso de la investigación preparatoria, por lo que el imputado adquirió el derecho a que el Aquo emita pronunciamiento sobre el fondo de la solicitud; la demora incurrida por el Juggado en el señalamiento de nueva audiencia contraviniendo el mandato de la Sala de fecha 19-07-2011 y lo dispuesto por el art. 71º.3 del Código Procesal Penal de 2004, no debe perjudicar los derechos de su patrocinado, tanto más si los actos realizados por la defensa han sido bajo el amparo del principio de buena fe.

SEGUNDO: En audiencia la defensora pública alegó que: a) La juez ha efectuado una interpretación errónea del acuerdo plenario N° 04-2010, al declarar la improcedencia de la tutela de derechos por encontrarse el proceso en etapa intermedia; por cuanto su solicitud fue planteada 15 de junio de 2011, en plena investigación preparatoria y que la Sala anuló la resolución y dispuso realizar nueva audiencia, la misma que se ha producido el 12 de agosto de 2011, b) Señala que la pretensión es que se declare fundada la tutela de derechos para la exclusión del material audio visual y auditivo que contiene la videovigilancia del día 01

y 02 de febrero del 2011 realizados por el Ministerio Público sin previa autorización judicial, así como del acta de visualización y transcripción de dicho material realizado por el Ministerio Público el día 16 de junio, por tener una fuente ilícita, medios de prueba que han sido obtenidos vulnerando el contenido esencial de derechos fundamentales y que han servido para que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva y formule acusación contra su patrocinado. Razones por las cuales, la defensa considera que existe de manera probada vulneración de los derechos fundamentales de legitimidad de la prueba, presunción de inocencia, intervención de la arbitrariedad de su patrocinado, solicita se declare fundada la tutela de derechos y la exclusión del material probatorio indicado.

TERCERO: Por su parte, el señor representante del Ministerio Público solicita se confirme la recurrida pues respecto a la previa autorización judicial para la realización de la videovigilancia, la norma faculta al fiscal que en los casos de delitos violentos o graves, como la materia de investigación pueda practicarla sin contar con autorización previa; debe incluso interpretarse en el sentido que la autorización puede ser efectuada posterior a su realización. Refiriendo, en el caso de que se realice en el interior de inmuebles o lugares cerrados, en el presente caso como se realizó en los ambientes del Ministerio de la Producción que es un organismo público del Estado, considera que dicha autorización judicial eventualmente podría no haberse requerido, sin embargo pese a ello el señor fiscal provincial solicitó la confirmación de la videovigilancia la misma que le fue concedida por el órgano jurisdiccional, c) Si bien es cierto, la video vigilancia no se efectuó en la fecha programada, esto es, 31 de enero de 2011, debido a que se suscitaron problemas técnicos que no permitieron su realización, con fecha 02 de febrero se produjo la intervención de los imputados Castro Rojas y Pérez Guedes, registrándose en video la intervención policial y no una videovigilancia.

CUARTO: De la lectura de la resolución recurrida que resolvió declarar improcedente la solicitud de tutela de derechos formulada por la defensa del imputado Gerardo Leónidas Castro Rojas, se argumenta que si bien es cierto la Sala Penal de Apelaciones mediante resolución N° 03 de fecha 19 de julio último, declaró nula la resolución expedida en primera instancia, ordenando se lleve a cabo una nueva audiencia a fin de resolver las pretensiones planteadas por la defensa, sin embargo con fecha 05 de agosto último el Ministerio Público se ha dispuesto la conclusión de la investigación preparatoria, dándose inicio a la etapa intermedia, por lo que, conforme a lo establecido en el fundamento 19 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 de fecha 16 de noviembre 2010 que señala que la vía de Tutela Judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la Investigación preparatoria propiamente dicha, por lo que encontrándose el proceso en etapa intermedia, constituye la audiencia de control de acusación, la actuación procesal oportuna para que se realice el control de la legalidad de los elementos de convicción o fuentes de prueba que ofrece el representante del Ministerio Público.

QUINTO: Expuestos así los temas de debate, considera que el colegiado que hay dos temas sobre los cuales debe pronunciarse: primero si efectivamente al haberse planteado la tutela de derechos antes de la etapa intermedia, es procedente emitir pronunciamiento de fondo y segundo, condicionado que haya pronunciamiento en sentido positivo, determinar si en este caso, puede discutirse la exclusión de material probatorio que se solicita.

SEXTO: En cuanto al primer agravio se tiene que la tutela de derechos fue presentado por la defensa del investigado Castro Rojas el 15 de junio de 2011, la misma que obtuvo resolución del Juggado en sentido negativo, resolución que al ser recurrida, esta Sala Penal de Apelaciones mediante resolución N° 03 de fecha 19 de julio de 2011, la declaró nula ordenando se lleve a cabo una nueva audiencia, la misma que recién se ha producido el 12 de agosto de 2011, emitiendo el Juggado la resolución en grado de fecha 15 de agosto de 2011. Fecha en la cual ya el Ministerio Público había formalizado acusación en contra del investigado Castro Rojas. Expuesto así el procedimiento, se concluye que efectivamente la presente tutela de derechos fue iniciada en plena investigación preparatoria y en consecuencia antes que el Ministerio Público formalice acusación, y por tanto debe ser resuelta conforme corresponda.

SÉTIMO: Se precisa que el pedido de tutela de derechos presentando el 15 de junio de 2011 tuvo como pretensión declarar la suspensión definitiva de visualización y transcripción de audios y videos de video vigilancia, siendo que en audiencia, la defensa con anuencia de la otra parte, cambio la pretensión para tener como tal, la exclusión del material probatorio contenido en el material audio visual y auditivo de las video vigilancias realizadas los días primero y dos de febrero de 2011. En audiencia, cuya acta obra a fojas 26, ante la solicitud del Fiscal para visualizar el contenido de los videos que se pretendía excluir, la defensa se opuso, logrando que la Juez de investigación preparatoria le diera la razón. Asimismo, en la audiencia cuya acta obra a fojas 97 de la presente incidencia, no se verifica que se haya visualizado y debatido la exclusión del material antes

indicado, dictando la juez la recurrida señalando que la discusión de exclusión de material probatorio se realizará en la audiencia preliminar de la etapa intermedia.

OCTAVO: Siendo así, corresponde determinar si en el caso concreto, es procedente que por medio de tutela de derechos, se evalúe la exclusión de material probatorio que ha decir de la defensa del investigado Castro Rojas, habría sido obtenido ilícitamente por el titular de la acción penal, quien en audiencia ha negado tal posibilidad. Para tal efecto, debemos recurrir al Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116¹, que en su fundamento 17 establece que “a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente- en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias- siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP”.

NOVENO: De modo que el citado acuerdo plenario establece en forma clara que es posible que por medio de tutela de derechos se pueda excluir material probatorio cuando se evidencie ilicitud directa o indirecta, siempre y cuando no se tenga vía propia, al ser residual la audiencia de tutela, sin embargo, en el caso que nos ocupa, tal como aparece presentada la tutela, no es posible evaluar exclusión alguna, pues el material no ha sido visualizado por la autoridad jurisdiccional por oposición incluso de la defensa. Más bien, por la naturaleza de los medios probatorios que se cuestionan y por la oportunidad que se realiza, se concluye que la defensa del investigado Castro Rojas, tiene la oportunidad, como así se afirma en la recurrida, de discutir el material probatorio y lograr su exclusión de ser el caso, en la audiencia preliminar de la etapa intermedia según aparece establecido en el artículo 352. 5° en concordancia con el artículo 155. 2° del Código Procesal Penal, cuando el Ministerio Público ofrezca oralmente como material probatorio el contenido del audio visual y auditivo de las videos grabados los días primero y dos de febrero de 2011.

DÉCIMO: En consecuencia, para el caso concreto, al haberse formalizado ya acusación, el investigado Castro Rojas, tiene el procedimiento franqueado por la ley procesal para hacer prevalecer su pretensión, de modo que no se verifica gravamen irreparable del contenido esencial de derechos y garantías previstas en la Constitución como sostiene lo defensa en audiencia. Por tales fundamentos en aplicación del inciso 1 del artículo 417 y artículo 419 del Código Procesal Penal de 2004, **RESOLVIERON CONFIRMAR** la resolución N° 09 de fecha 15 de agosto del año en curso, que resolvió declarar improcedente la solicitud de tutela de derechos formulada por el imputado Gerardo Leónidas Castro Rojas, mediante la cual solicita la exclusión del material probatorio contenido en el material audio visual y auditivo de las video vigilancias realizadas los días primero y dos de febrero último, en el proceso que se le sigue como presunto autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Cohecho Activo Genérico y otros, en agraviado del Estado. **RECOMENDARON** a la Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria poner mayor celo en el ejercicio de sus funciones. **Notificándose.**

¹ De fecha 16 de noviembre de 2010. Resaltado nuestro.

APELACIÓN DE AUTO:**PRÓRROGA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y CONTROL DE PLAZO**

"[...] Al respecto es de precisar que como alega la recurrente, el plazo señalado como prórroga no es prudencial, pues en el término de ocho días no podrá hacerse efectivo el procedimiento que establece en forma taxativa el artículo 180.1 del CPP de 2004 una vez que se presenta el informe pericial ordenado realizar por el Fiscal responsable del caso. Situación que incluso puede perjudicar el derecho de defensa del imputado, quien puede verse perjudicado por no tener el tiempo suficiente para observar el informe pericial que previamente le debe ser notificado. Incluso el término fijado es insuficiente para realizarse las diligencias que la misma defensa del imputado a solicitado como así ha quedado en evidencia en la audiencia".

"[...] Al respecto, el colegiado precisa que este agravio no es de recibo toda vez que en la recurrida se invoca, en forma correcta, la aplicación del artículo 343.3, ello debido que ha existido el procedimiento de control de plazo ante el órgano jurisdiccional y este ordena la conclusión de la investigación. El artículo 344.1 que invoca la recurrente, sólo es de aplicación cuando el Fiscal sin intervención del órgano jurisdiccional, dispone la conclusión de la investigación preparatoria, circunstancia que no se ha dado en el presente caso".

Base Legal: Const.: Art. 139.5°; NCPP: Arts. 342.1°, 343.3°, 344.1°, 417.1°, 419°; AP: N° 04-2010/CJ-116

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**SALA PENAL DE APELACIONES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - LIMA**

EXPEDIENTE	: 00024-2011-3-1826-JR-PE-02
JUECES	: CASTAÑEDA OTSU, SALINAS SICCHA, MAITA DORREGARAY
ACUSADO	: LOPEZ NUÑEZ, MÁXIMO OVALDO
AGRAVIADO	: ESTADO
DELITO	: ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Resolución N° Cuatro
Miraflores, seis de setiembre
Del año dos mil once

AUTOS Y OIDOS: Viene en apelación la resolución N° 06 de fecha 08 de agosto del año en curso, emitida por el Segundo Juggado de Investigación Preparatoria, que resolvió declarar fundado en parte el requerimiento de control de plazo solicitado por la defensa técnica del imputado Máximo Ovaldo López Núñez en la investigación que se le sigue en su contra por el presunto delito contra la Administración Pública en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito en agravio del Estado, dejando sin efecto la disposición fiscal 06-2010 del 17 de junio del año en curso, debiendo el Ministerio Público emitir nueva resolución de prórroga por ocho días y dispone que al concluir el plazo de prórroga de investigación preparatoria el Fiscal emita resolución en el término de diez días; recurso impugnatorio interpuesto por la representante del Ministerio Público; interviene como ponente el magistrado RAMIRO SALINAS SICCHA y, **ATENDIENDO:**

PRIMERO: La representante del Ministerio Público, en su recurso impugnatorio de fecha 12 de agosto del año en curso, expresa como agravios que a criterio existe falta de motivación en la recurrida; que la restricción de la prórroga del plazo de la investigación preparatoria de ocho días naturales, ha sido dispuesto por la señora juez sin tener en consideración el plazo del procedimiento posterior a la presentación de la pericia señalado en el artículo 180° del Código Procesal Penal de 2004, que establece que una vez emitida la pericia debe ser puesta a conocimiento de las partes, quienes dentro del plazo de cinco días pueden presentar observaciones, así como tampoco se podrá llevar a cabo las diversas diligencias solicitadas por la defensa, y la recepción de documentación solicitada a diversas autoridades jurisdiccionales. En consecuencia, considera que la prórroga del plazo de la investigación preparatoria dispuesta por su despacho se encuentra amparada en el artículo 342.1 del CPP y las razones que la motivan plenamente justificadas, de lo contrario se interrumpiría el normal desarrollo de dicha etapa procesal, afectando los derechos de las partes. De otro lado, señala que el numeral 4) dispone que concluido el plazo de la prórroga el Fiscal emita dentro del plazo de diez días la disposición que corresponda de acuerdo a sus atribuciones, al respecto, precisa que dicho extremo no ha sido debidamente motivado, y contraviene el plazo establecido en el art. 344.1° de la norma adjetiva, que dispone que se tiene hasta 15 días para emitir pronunciamiento.

SEGUNDO: En audiencia el señor representante del Ministerio público alegó que la defensa es contradictoria por cuanto por un lado solicita control de la prórroga del plazo de investigación preparatoria concedido

por el Fiscal Provincial, y sin embargo dentro de dicho plazo ampliatorio solicita la actuación de nuevas pruebas, entre las cuales, acredita perito de parte, lo que va a determinar un plazo mayor al dispuesto en la resolución recurrida. Señala que dándose por vencida la prórroga de la investigación preparatoria el 20 de agosto del año en curso, no se podrá efectuar el trámite previsto para la actuación de la pericia en el artículo 180° de la citada norma adjetiva, así como tampoco la actuación de nuevas pruebas de la defensa, recontándoles el derecho de defensa de los investigados. Motivos por los cuales considera que el plazo de la prórroga de 60 días dispuesto por el fiscal a cargo de la investigación, resulta razonable siendo que en el caso se concluya las diligencias pendientes de llevarse a cabo, se concluirá la investigación preparatoria. Asimismo considera que no hay una debida motivación en la recurrida, por lo cual solicita se declare fundado el recurso de apelación y en consecuencia se revoque la resolución recurrida y se declare infundado el requerimiento de control de plazo, a efectos de que el Ministerio Público tenga el plazo correspondiente para concluir la presente investigación.

TERCERO: Por su parte, la defensa técnica del imputado Máximo Ovaldo López Núñez en audiencia manifestó que el perito contable Julio Mori Donayre ha emitido su ampliación del informe pericial, en el plazo de cuatro días de juramentado, por lo que considera que se ha producido la sustracción de la materia y en consecuencia no debería llevarse a cabo el contradictorio. El Ministerio Público no puede ejercer sus funciones irrazonablemente con desconocimiento de los principios y valores constitucionales así como tampoco al margen de los derechos fundamentales, amparándose en el artículo 159° numeral 5 de la Constitución Política, por cuanto son cuatro años de investigación contra su patrocinado, ello sin tener en cuenta lo ya establecido por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 5228-2006-HC-TC, que refiere que el Ministerio Público es un órgano constitucional y por ende sometido a la Constitución Política. Considera que la recurrida se encuentra fundamentada. Alegó en la réplica, que si es cierto que ofrecido peritos de los cuales se desiste si el Colegiado confirma la resolución venida en grado.

CUARTO: Expuestos así los argumentos en debate se tiene que el primer agravio del recurrente es que la recurrida adolecería de falta de motivación. Al respecto es de precisar que se constituye en una garantía de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas sus instancias, haciendo mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho que la sustentan tal como aparece recogido en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado. Esta garantía se traduce en expresar en la resolución, de modo claro y coherente, las razones o fundamentos por los cuales la autoridad jurisdiccional resuelve en determinado sentido una controversia, evitando la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación del Juez. El Tribunal Constitucional en el Exp. N.° 02895-2010-PHC/TC-Lima, ha reiterado que "la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y es, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables".

QUINTO: Escuchados los argumentos de las partes en audiencia y de la lectura de la recurrida se tiene que ésta ha sido motivada de acuerdo a los parámetros antes citados, por lo que tal agravio no es recibo. Ante el requerimiento de control de plazos el A quo se ha pronunciado expresando los fundamentos que en la recurrida aparecen y que incluso la recurrente ha glosado en su escrito de formalización. El hecho que no se compartan los criterios expresados de modo alguno puede servir como fundamento para señalar que falta motivación en la resolución dictada.

SEXTO: Otro agravio es que en la recurrida se ha dispuesto la prórroga del plazo de la investigación preparatoria por ocho días, sin tener en consideración el plazo del procedimiento posterior a la presentación de la pericia señalado en el artículo 180° del Código Procesal Penal de 2004. Al respecto es de precisar que como alega la recurrente, el plazo señalado como prórroga no es prudencial, pues en el término de ocho días no podrá hacerse efectivo el procedimiento que establece en forma taxativa el artículo 180.1 del CPP de 2004 una vez que se presenta el informe pericial ordenado realizar por el Fiscal responsable del caso. Situación que incluso puede perjudicar el derecho de defensa del imputado, quien puede verse perjudicado por no tener el tiempo suficiente para observar el informe pericial que previamente le debe ser notificado. Incluso el término fijado es insuficiente para realizarse las diligencias que la misma defensa del imputado ha solicitado como así ha quedado en evidencia en la audiencia. En consecuencia, el colegiado debe modificar el término de la prórroga establecido en la recurrida.

SÉTIMO: El tercer agravio invocado por la recurrente consiste en que la recurrida al disponer que el Fiscal debe emitir en el plazo de diez días la disposición que corresponda, luego de concluida la prórroga, contra viene el plazo establecido en el art. 344.1° de la norma adjetiva, que dispone que se tiene hasta 15 días para emitir pronunciamiento. Al respecto, el colegiado precisa que este agravio no es de recibo toda vez que en la

recurrida se invoca, en forma correcta, la aplicación del artículo 343.3, ello debido que ha existido el procedimiento de control de plazo ante el órgano jurisdiccional y este ordena la conclusión de la investigación. El artículo 344.1 que invoca la recurrente, sólo es de aplicación cuando el Fiscal sin intervención del órgano jurisdiccional, dispone la conclusión de la investigación preparatoria, circunstancia que no se ha dado en el presente caso.

OCTAVO: El abogado defensor alega que debe confirmarse la recurrida debido que ya van cuatro años de investigación a su patrocinado, por lo que se habría vulnerado el derecho a una investigación en plazo razonable. Al respecto se verifica que en el caso concreto se considera como fecha de inicio de la investigación el 12 de abril de 2011 y no otra anterior como alega la defensa técnica en audiencia, debido que recién en la citada fecha, la investigación fue adecuada a las disposiciones del Código Procesal Penal de 2004 en estricta aplicación del Decreto Legislativo 958, modificado por la Ley N° 28994. Recién desde esa fecha se viene realizando los actos de investigación tanto de cargo como de descargo para efectos del proceso penal bajo el modelo acusatorio, donde el respeto a los derechos y garantías de los investigados así como del agraviado es la piedra angular del procedimiento. En este procedimiento el o los investigados tienen todas las posibilidades de participar incluso en la actuación de las diligencias preliminares (inciso 4 del art. 84 CPP), situación que bajo las reglas del código de Procedimientos Penales de 1940 no era posible. En consecuencia, se concluye que no se ha lesionado ni puesto en peligro de modo alguno, el derecho de ser investigado en un plazo razonable que le asiste al investigado Máximo López Núñez.

Por tales fundamentos en aplicación del inciso 1 del artículo 417° y artículo 419° del Código Procesal Penal de 2004, **RESOLVIERON CONFIRMAR** en parte la resolución 06 de fecha ocho de agosto de 2011 en el extremo que resolvió declarar fundado en parte el requerimiento de control de plazo solicitado por la defensa técnica del imputado Máximo Ovaldo López Núñez en la investigación que se le sigue en su contra por el presunto delito contra la Administración Pública en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito en agravio del Estado, dejando sin efecto la disposición fiscal 06-2010 del 17 de junio del año en curso, **SE REVOCA** el extremo que dispone que el Ministerio Público debe emitir nueva resolución de prórroga por ocho días y dispone que al concluir el plazo de prórroga de investigación preparatoria el Fiscal emita resolución en el término de diez días, **REFORMADOLA** se dispone que el Ministerio Público debe emitir nueva resolución de prórroga por TREINTA días a parte de la fecha de la presente resolución y dispone que al concluir el plazo de prórroga de investigación preparatoria el Fiscal emita la resolución que corresponda en el término de diez días. **Notificándose.**



APELACIÓN DE AUTO:

IMPROCEDENCIA DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISPOSICIÓN FISCAL DE FORMALIZAR LA INVESTIGACIÓN

"[...] Que una de las líneas rectoras del Código procesal penal de 2004, como consecuencia de la asunción específica del principio acusatorio es la separación de funciones de investigación y juzgamiento. De esta manera, constitucionalmente, la investigación penal está a cargo del Fiscal y la decisoria a cargo del juez. Siendo así, entre uno de los efectos de tal separación de funciones está el hecho que el órgano jurisdiccional no debe cuestionar o examinar la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria. Ésta es la línea jurisprudencial que se deriva del contenido del fundamento 18 del Acuerdo Plenario Nro. 04-2010/CJ-116 donde se ha establecido que la disposición de formalización de investigación preparatoria no puede ser impugnada ni dejada sin efecto al ser un acto unilateral del Ministerio Público. Menos puede ser devuelta al Ministerio Público a fin que subsane alguna omisión como ha ocurrido en el presente caso".

Base Legal: Const.: Art.159.4°; NCPP: Arts. IV, 3°, 60.2°, 150.d, 323.1°, 336.3°, 342.2°; AP: N° 04-2010/CJ-116 fund. 18, 06-2010/CJ-116 fund. 10

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SALA PENAL DE APELACIONES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - LIMA

EXPEDIENTE	: 00078-2011-0-1826-JR-PE-02
JUECES	: CASTAÑEDA OTSU, SALINAS SICCHA, DORREGARAY
ACUSADOS	: AINZUAIN MARQUEZ, CESAR AUGUSTOY OTROS
AGRAVIADO	: ESTADO
ASISTENTE	: TARAZONA MATOS, KELLY

Resolución N° Uno Lima, diecinueve de julio Del año dos mil once

AUTOS Y VISTOS: Con la nulidad interpuesta por el representante del Ministerio Público, contra la resolución N° 03, de fecha 11 de julio de 2011, que declara **INFUNDADO** el remedio de nulidad procesal interpuesto por el representante del Ministerio Público, y **ATENDIENDO:**

PRIMERO: Conforme se desprende de autos, el señor Fiscal Provincial solicitó la nulidad de la resolución N° 01 dictada por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria. Petición que por resolución N° 3 se la declaró infundada, la misma que ha sido objeto de recurso de apelación que motiva la presente resolución.

SEGUNDO: Antes de entrar en materia corresponde decidir si el recurso de apelación está bien concedido conforme lo establece el artículo 405° del Código Procesal Penal de 2004. Por otro lado, el artículo 404° del Código acotado establece que las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley, disposición que concordada con el 413° señala de manera taxativa los recursos que se pueden interponer contra las resoluciones judiciales, ello de conformidad con el principio de legalidad. Asimismo, el artículo 416° del Código Adjetivo establece el tipo de resoluciones que son apelables y su exigencia formal, por cuanto en materia recursiva rige el principio de formalidad en la elección del medio idóneo en función del concreto error que se denuncia, circunstancia que se debe tener en cuenta para la admisibilidad del recurso. Siendo que en el presente caso se cumple las formalidades establecidas por ley, por lo que resulta procedente admitir el medio impugnatorio interpuesto.

TERCERO: El derecho de impugnación, como garantía constitucional, es fundamental en todo proceso, sin embargo, como todo derecho es relativo, pues tiene sus límites, los cuales están expresamente señalados por la ley. Binder precisa que a través de los medios de impugnación se cumple con el principio de control, que es un principio central en la estructuración del proceso y de todo el sistema de justicia penal¹.

CUARTO: El representante del Ministerio Público fundamenta su apelación en lo siguiente: a) la afectación del principio de legalidad procesal, por cuanto que el artículo 336.3° del Código Procesal Penal señala que la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria se notifica al imputado y

¹ BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal, 2da Edición, Buenos Aires, Enero 2004, Pág. 286-287

se dirige comunicación al Juez de garantía. b) la afectación de la garantía constitucional de la debida motivación, por cuanto en la recurrida no se señala cual es la norma legal que ampara la devolución de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. c) la afectación del principio de observancia de la doctrina legal al no considerar el Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116 fundamento 10 y el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116 fundamento 18 donde se precisa que dicha disposición es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria, afectando con ello el plazo establecido en el artículo 342.2 del Código Procesal Penal. d) la afectación del principio de imparcialidad, por cuanto la Juez de la Investigación Preparatoria al argumentar que pretende evitar un perjuicio mayor que vicia la investigación, afecta su imparcialidad, pues es al Fiscal a quien le corresponde la dirección de la investigación.

QUINTO: En la recurrida se argumenta que por el principio de especificidad “ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente sanción”, situación que guarda relación justamente porque el Ministerio Público ha inobservado el contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la Constitución y la norma, al incumplir con señalar los domicilios procesales de los imputados para un efectivo y real derecho de defensa o en todo caso, asignarle el patrocinio técnico a través de los defensores públicos si éstos se encuentran indefensos, máxime si previamente existió una investigación preliminar. Y precisamente para evitar un perjuicio que vicia la investigación, es que el juzgador le requiere que subsane la omisión anotada. La doctrina legal establecida en el fundamento 10 del Acuerdo Plenario 6-2010/CJ-11, y el fundamento 18 del Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116, no es obstáculo para que se restrinja el derecho de defensa que tiene el imputado desde que es citado por la autoridad, al cual se le debe notificar de las disposiciones, providencias y requerimientos que dicte el Ministerio Público desde los actos iniciales de investigación, evitando vulneración de derecho de defensa.

SEXTO: Expuestos así los argumentos tanto del recurrente como de la recurrida, corresponde determinar si el órgano jurisdiccional al advertir algún defecto de forma, está facultado para devolver el documento de formalización y continuación de la investigación preparatoria que le hace llegar el Ministerio Público.

SÉTIMO: El modelo acusatorio previsto en la Constitución de 1993 y desarrollado por el Código Procesal Penal de 2004 se caracteriza por el principio de separación de roles o funciones de los actores de la administración de justicia penal. El artículo 159°. 4 de la Constitución Política establece que el Ministerio Público conduce la investigación del delito desde su inicio. Esta norma constitucional se reproduce en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal de 2004, donde se prescribe que el Ministerio Público asume la conducción de la investigación desde su inicio y controla los actos de investigación que realiza la Policía. Se reitera en el inciso 2 del artículo 60° que el Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito.

OCTAVO: Cuando el Fiscal responsable de un caso decide formalizar la investigación preparatoria tiene la obligación legal de comunicar tal decisión al Juez de Investigación Preparatoria adjuntando copia de la disposición fiscal, tal como lo prevé el artículo 3° y el inciso 3 del artículo 336° del Código Procesal Penal. En consecuencia se trata de una comunicación y no de un requerimiento como al parecer pretende entender la magistrada del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria. Al ser una comunicación no tiene sentido verificar si los investigados tienen domicilio procesal. Cuestión diferente ocurre cuando se trata de un requerimiento. Allí si es necesario que se indiquen los domicilios para hacer viable las notificaciones de las resoluciones judiciales que se deriven del requerimiento formulado.

NOVENO: Por su parte el artículo 138° de la Constitución, establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial. En tanto que el inciso 1 del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal de 2004 precisa que corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones prevista en la ley. También el inciso 1 del artículo 323° establece que en la investigación, corresponde al Juez de la investigación preparatoria realizar, a requerimiento del Fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza el Código, siendo uno de ellos el de controlar el cumplimiento del plazo.

DÉCIMO: Que una de las líneas rectoras del Código procesal penal de 2004, como consecuencia de la asunción específica del principio acusatorio es la separación de funciones de investigación y juzgamiento. De esta manera, constitucionalmente, la investigación penal está a cargo del Fiscal y la decisoria a cargo del juez². Siendo así, entre uno de los efectos de tal separación de funciones está el hecho que el órgano jurisdiccional no debe cuestionar o examinar la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria. Esta es

2 Fundamento quinto de la Casación N° 54-2009-La Libertad de fecha 20 de julio de 2010.

La línea jurisprudencial que se deriva del contenido del fundamento 18 del Acuerdo Plenario Nro. 04-2010/CJ-116³ donde se ha establecido que la disposición de formalización de investigación preparatoria no puede ser impugnada ni dejada sin efecto al ser un acto unilateral del Ministerio Público. Menos puede ser devuelta al Ministerio Público a fin que subsane alguna omisión como ha ocurrido en el presente caso. Ya el colegiado a establecido que las irregularidades en las disposiciones fiscales pueden ser evaluadas en todo caso, por un Fiscal Superior al interior de propio Ministerio Público al ser un organismo autónomo jerárquicamente organizado.

DÉCIMO PRIMERO: En consecuencia, al haberse vulnerado el principio acusatorio que recoge nuestra Constitución y sustenta el proceso penal común que regula el Código Procesal Penal de 2004, en estricta aplicación del artículo 150° letra d) del Código Procesal Penal, la recurrida deviene en fundada y por tanto nula la resolución de fecha primero de julio de 2001 que dispuso devolver “el requerimiento de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria”.

Por tales fundamentos en aplicación del inciso 4 del artículo I del Título Preliminar, inciso 1 del artículo 417°, artículo 419° y el artículo 150° letra d) del Código Procesal Penal de 2004, **RESOLVIERON REVOCAR** la resolución 03 de fecha 11 de julio de 2011 que declaró infundada la nulidad planteada, **REFORMANDO-LA DECLARARON FUNDADA** la nulidad y en consecuencia **NULA** la resolución 01 de fojas 20 que dispuso devolver el requerimiento de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria. Se **DECLARA** tener por comunicada la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria de fojas 01 al Juez del Segundo Juggado de Investigación Preparatoria. **Notificándose.**

³ De fecha 16 de noviembre de 2010.

APELACIÓN DE AUTO:**54****SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LAS REGLAS DE CONDUCTA
POR PARTE DEL JUZGADO EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN**

"[...] Para tal efecto, sólo nos queda remitirnos al considerando segundo de la sentencia casatoria [...]. Aquí los señores Jueces Supremos de la Sala Penal Permanente con toda claridad y propiedad, en el fundamento segundo, argumentaron que el proceso de ejecución, está bajo la dirección del órgano jurisdiccional. La ejecución de la sentencia integra la potestad jurisdiccional, de suerte que, conforme a la garantía de ejecución, que integra el principio de legalidad penal (artículo 2° apartado veinticuatro, literal d) de la Constitución), "...La ejecución de la pena será intervenida judicialmente". Ello es así en cumplimiento de la garantía judicial de tutela jurisdiccional efectiva recogida en el apartado tres del artículo 139° de la Constitución, que impone la existencia de un control jurisdiccional sobre toda la fase de ejecución en atención a los derechos e intereses legítimos que pueden ser afectados. El Poder Judicial no puede renunciar a este ámbito del proceso penal, destinado precisamente a la realización judicial de las consecuencias jurídicas del delito, establecidas en la sentencia firme que se erige en título de ejecución, y la forma cómo interviene en este tipo de proceso es la trágada por la Ley ordinaria".

Base Legal: Const.: Arts. 2.24.d, 139.3°; CP: Arts. 57°, 58.3°, 59°; NCPP: Arts. 29.4°, 150.d, 287.3°, 488.2°, 488.3°, 489.1°, 489.2°; Cas.: 79-2009-Piura; RA: N° 321-2011-P-PJ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA PENAL DE APELACIONES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - LIMA**

EXPEDIENTE	: 00103-2011-1-1826-JR-PE-02
JUECES	: SALINAS SICCHA, FARFAN OSORIO, MAGALLANES AYMAR
ACUSADO	: SEGOVIA APAZA, ANGELO
AGRAVIADO	: ESTADO
ASISTENTE JURISD.	: CORONADO ZEGARRA, SUSAN K.
DELITO	: COHECHO ACTIVO GENÉRICO

Resolución N° Tres**Miraflores, tres de noviembre****Del año dos mil once**

AUTOS Y OIDOS: Viene en apelación la resolución N° 07 de fecha 20 de setiembre del año en curso, que resolvió declarar improcedente el pedido del señor representante del Ministerio Público; recurso impugnatorio interpuesto por el Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios; interviene como ponente el Juez Superior RAMIRO SALINAS SICCHA y, **ATENDIENDO:**

PRIMERO: El señor Fiscal Provincial, en su recurso impugnatorio de fecha 28 de setiembre del año en curso, expresa como agravios que: i) la argumentación legal del fundamento segundo de la resolución recurrida referida a los artículos 287°.3 del Código Procesal Penal y 59° del Código Penal para el rechazo de la solicitud de variación de control de firmas, no resultan aplicables, habiéndose efectuado una aplicación analógica del art. 283°.7, lo que ha conllevado a la inexecución de la ley procesal, al existir normatividad expresa que establece la competencia funcional del Juzgado de Investigación preparatoria sobre la etapa de ejecución de sentencia. ii) Las normas contenidas en los artículos 29°.4, 489°.1 y 2 del Código Procesal Penal y 58°.3 del Código Penal, han establecido de forma directa que la comparecencia del condenado para su control de firmas y actividades debe realizarse en el PJ. Conforme lo expresa la sentencia casatoria N° 79-2009-PIURA en su fundamento segundo. Por lo cual los fundamentos legales de la resolución impugnada omiten y contradicen las competencias funcionales que la propia ley establece. iii) Respecto al fundamento tercero, precisa que la solicitud de variación del lugar de control de firmas, prevista en el art. 488.2 del Código Procesal Penal, puede ser planteada independientemente de la conformidad de la sentencia que homologaba el acuerdo de Terminación Anticipada, por cuanto está referida a respecto a la ejecución de la sanción penal.

SEGUNDO: En audiencia el señor Fiscal Superior alegó que: a) La observación presentada con fecha 15 de setiembre de 2011, constituye una solicitud respecto al contenido de la sentencia, sustentada en el artículo 488.2 y en la sentencia casatoria N° 79-2009 PIURA, que fue declarada improcedente por el Juez; b) Siendo la etapa de ejecución de sentencia de competencia del Juez, tal como el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa N° 213-2008, de fecha 30 de julio de 2008, publicada en el diario oficial El Peruano el 21 de agosto de ese mismo año, dispuso crear el Registro y Control Biométrico de Procesados y Sentenciados Libres, que conforme a su implementación la Presidencia de la Corte Superior de Lima Sur, mediante Resolución Administrativa N° 588-2011, publicada en el diario oficial El Peruano el 09 de setiembre del año en curso, dispuso la creación de la Oficina Distrital de Registro y Control Biométrico de Procesados

y Sentenciados Libres, también la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ, de fecha 08 de setiembre de 2011, publicada en el diario oficial EL Peruano el 09 del mismo mes y año, ha establecido una circular para la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, que en su punto cuarto ha establecido que la función del Juez no concluye con la fundamentada verificación conjunta de los requisitos legales del artículo 57° del Código Penal pues la suspensión de la ejecución de la pena es una medida alternativa al régimen de prueba cuyo control corresponde al Juez Penal, por lo que la regla de conducta contenida en el artículo 58°. 3 del Código Penal corresponde su control al Órgano Jurisdiccional, c) Señala también que para el Ministerio Público constituiría una carga que no se encuentra establecida dentro de sus obligaciones como parte procesal, ya que adoptar esta medida implica previsión y derivación de recursos económicos como humanos a fin de ejecutar está labor.

TERCERO: En la recurrida se argumenta que el Ministerio Público como titular del ejercicio de la acción penal, tiene interés y legitimidad en intervenir permanentemente en todo el desarrollo del proceso, fundamentalmente en el cumplimiento efectivo de las medidas coercitivas personales, como la comparecencia con restricciones y en la propia sentencia condenatoria con pena suspendida, requiriendo al Juez los apercebimientos pertinentes ante el incumplimiento de las reglas de conducta por el imputado, habiendo el representante del Ministerio Público manifestado su conformidad con la sentencia.

CUARTO: Expuestos así los temas de debate, considera el colegiado que hay un solo tema sobre el cual pronunciarse: determinar si la ejecución de la sentencia condenatoria es competencia del Poder Judicial o del Ministerio público.

QUINTO: Para tal efecto, sólo nos queda remitirnos al considerando segundo de la sentencia casatoria del diecisiete de setiembre de dos mil diez¹ como lo refiere el recurrente. Aquí los señores Jueces Supremos de la Sala Penal Permanente con toda claridad y propiedad, en el fundamento segundo, argumentaron que el proceso de ejecución, está bajo la dirección del órgano jurisdiccional. La ejecución de la sentencia integra la potestad jurisdiccional, de suerte que, conforme a la garantía de ejecución, que integra el principio de legalidad penal (artículo 2° apartado veinticuatro, literal d) de la Constitución), "...la ejecución de la pena será intervenida judicialmente". Ello es así en cumplimiento de la garantía judicial de tutela jurisdiccional efectiva recogida en el apartado tres del artículo 139° de la Constitución, que impone la existencia de un control jurisdiccional sobre toda la fase de ejecución en atención a los derechos e intereses legítimos que pueden ser afectados. El Poder Judicial no puede renunciar a este ámbito del proceso penal, destinado precisamente a la realización judicial de las consecuencias jurídicas del delito, establecidas en la sentencia firme que se erige en título de ejecución, y la forma cómo interviene en este tipo de proceso es la trazada por la Ley ordinaria.

SEXTO: Incluso ello no puede interpretarse de modo diferente, como erróneamente se hace en la recurrida, en atención al artículo 29° apartado cuarto del Código Procesal Penal de 2004, que ha dispuesto: corresponde al Juez de la Investigación preparatoria conducir la ejecución de la sentencia. Disposición procesal que se vuelve a ratificar en el artículo 489 del mismo texto procesal que dispone que el Juez de la Investigación preparatoria tiene competencia para conocer la ejecución de las sentencias. De modo que para despejar alguna duda al respecto, la Corte Suprema de Justicia por resolución administrativa N° 321-2011-P-PJ., ha emitido la circular² para la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, donde se ha dejado claramente establecido que la ejecución de las sentencias y específicamente las reglas de conducta que se imponen a los sentenciados, son de competencia del órgano jurisdiccional. Es más, en el artículo tres de la citada circular, se insta a los Jueces Penales para que dispongan que el penado, cuya ejecución de la pena privativa de la libertad fue suspendida, informe y justifique sus actividades mensualmente.

SÉTIMO: En tal sentido, se evidencia que con la recurrida se ha puesto en tela de juicio el principio de separación de roles que fundamenta al sistema acusatorio que recoge nuestro Código Procesal Penal de 2004, pues se ha inobservado el apartado cuarto del artículo 29° y apartado uno del artículo 489° del Código Procesal Penal de 2004 e interpretado de manera incorrecta el apartado tres del artículo 488° del citado texto legal, por lo que el colegiado considera que se ha incurrido en el supuesto de nulidad previsto en el inciso "d" del artículo 150° del Código Procesal Penal de 2004.

Por tales fundamentos en aplicación del inciso 4 del artículo I del Título Preliminar, inciso 1 del artículo 417°, artículo 419° y el artículo 150° letra d) del Código Procesal Penal de 2004, **RESOLVIERON DECLARAR NULA** la resolución N° 07 de fojas 51 del presente incidente que declaró improcedente el pedido efectuado por el representante del Ministerio Público. Se **DISPONE** que el mismo Juez de Investigación Preparatoria emita nueva resolución tomando en cuenta la parte considerativa de la presente resolución. **Notificándose.**

1 Casación N° 79-2009-Piura, Sala Penal Permanente.

2 Publicada en el diario oficial el Peruano el 9 de setiembre de 2011.



APELACIÓN DE AUTO:

**SOLO PROCEDERÁ INSTAR UN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL
FRENTE A UNA DENEGATORIA FISCAL DE LA REALIZACIÓN
DE UNA DILIGENCIA POR QUIENES LA SOLICITARON**

"[...] De modo que si bien los incisos 4 y 5 del artículo 337° del Código Procesal Penal no resultan del todo claros y propician aparente confusión, deben ser interpretados a partir de la fecha, en forma sistemática y de acuerdo al modelo acusatorio que recoge el Código Procesal Penal de 2004. De tal interpretación se concluye que cuando el imputado como los demás intervinientes soliciten al Fiscal responsable del caso, la realización de alguna diligencia que consideren pertinente y útil para el esclarecimiento de los hechos, y éste les rechazare la solicitud, podrán instar la participación del Juez de la investigación preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia. Se entiende que recurrirán al Juez siempre que no estén de acuerdo con lo decidido por el Fiscal. El Juez resolverá de forma inmediata".

Base Legal: Const.: Art. 138°, 159.4°; NCPP: Arts. IV, V.1°, 150.d, 177.1°, 177.2°, 323.1°, 337.4°, 337.5°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA PENAL DE APELACIONES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - LIMA**

EXPEDIENTE	: 00057-2011-0-1826-JR-PE-01
JUECES	: CASTAÑEDA OTSU, SALINAS SICCHA, MAITA DORREGARAY
ACUSADO	: CALDERÓN AGUIRRE, CARLOS DAVID
AGRAVIADO	: ESTADO
ASISTENTE JURISD.	: CORONADO ZEGARRA, SUSAN K.
DELITO	: ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Resolución N° Uno

**Lima, veintinueve de setiembre
Del año dos mil once**

AUTOS Y VISTOS: Con la apelación interpuesta por la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos Corrupción de Funcionarios, contra la resolución N° 07, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria; actuando como ponente el señor Juez Superior Ramiro Salinas Siccha, y **Atendiendo:**

PRIMERO: Conforme se desprende de la revisión del presente incidente, se tiene:

a) El Ministerio Público, mediante disposición N° 01, de fecha 31 de mayo de 2011 dispone formalizar y continuar la investigación preparatoria contra el imputado Carlos David Calderón Aguirre, por el delito de Enriquecimiento Ilícito, en agravio del Estado.

b) Con fecha 23 de agosto de 2011 la defensa pública del citado imputado, ofrece pericia de parte, proponiendo como perito a la contadora Lourdes Luisa Gómez Robles y solicita se le otorgue las facilidades para efectos que pueda realizar el peritaje contable. Ante dicha solicitud, el Ministerio Público dictó la providencia N° 11, de fecha 24 de agosto de 2011, que declaró no ha lugar a lo solicitado por la defensa, al haber sido presentado fuera del plazo establecido en el artículo 177°.1 y 2 del Código Procesal Penal, y dispone poner en conocimiento lo resuelto al Juez de la investigación Preparatoria conforme a lo señalado en el artículo 337°.5 de la citada norma adjetiva.

c) En tal sentido, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, entendiendo que el titular de la acción penal le esta instando procedió a expedir la resolución N° 07, de fecha 06 de setiembre de 2011, donde precisa que al no existir corrección jurídica para el rechazo de la solicitud de nombrar perito de parte, se ha vulnerado el derecho a intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria, declarando procedente la solicitud formulada por la defensa del imputado Calderón Aguirre, disponiendo que el Ministerio Público tenga por ofrecida la pericia de parte y designando la contadora pública Lourdes Luisa Gómez Robles, debiendo emitir la disposición correspondiente tomando las medidas pertinentes para garantizar la participación de dicha perito en la elaboración de la pericia oficial señalada en la investigación.

SEGUNDO: Es aceptado que el modelo acusatorio previsto en la Constitución de 1993 y desarrollado por el Código Procesal Penal de 2004 se caracteriza por el principio de separación de roles o funciones de los actores de la administración de justicia penal. El artículo 159°. 4 de la Constitución Política establece que el Ministerio Público conduce la investigación del delito desde su inicio. Esta norma constitucional se reprodu-

ce en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal de 2004, donde se prescribe que el Ministerio Público asume la conducción de la investigación desde su inicio y controla los actos de investigación que realiza la Policía. Se reitera en el inciso 2 del artículo 60° que el Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito.

TERCERO: Por su parte el artículo 138° de la Constitución, establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial. En tanto que el inciso 1 del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal de 2004 precisa que corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones prevista en la ley. También el inciso 1 del artículo 323° establece que en la investigación, corresponde al Juez de la investigación preparatoria realizar, a requerimiento del Fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza el Código Procesal Penal, siendo uno de ellos el de verificar si el rechazo del Fiscal a una diligencia solicitada por el imputado se ajusta a derecho.

CUARTO: En ese entendido, el artículo 337° inciso 4 del Código Procesal Penal de 2004 establece que durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. En tanto que el inciso 5 señala que si el Fiscal rechaza la solicitud, instará al Juez de la Investigación Preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia. El Juez resolverá inmediatamente con el mérito de los actuados que le proporcione la parte y, en su caso, el Fiscal. El contenido de este último inciso del artículo 337° del Código Procesal, por su uaguedad debe ser interpretado en forma sistemática con el inciso 4.

QUINTO: Que en efecto, en el sistema acusatorio que sustenta el Código Procesal Penal de 2004, cuando el fiscal dicta una providencia o disposición, se entiende que lo hace de acuerdo a los normas constitucionales y procesales vigentes y sólo en los casos previstos en forma taxativa en el Código Procesal Penal, el órgano jurisdiccional puede reexaminarlos a petición de parte, cuando se alegue vulneración de derechos fundamentales.

SEXTO.- De modo que si bien los incisos 4 y 5 del artículo 337° del Código Procesal Penal no resultan del todo claros y propician aparente confusión, deben ser interpretados a partir de la fecha, en forma sistemática y de acuerdo al modelo acusatorio que recoge el Código Procesal Penal de 2004. De tal interpretación se concluye que cuando el imputado como los demás intervinientes soliciten al Fiscal responsable del caso, la realización de alguna diligencia que consideren pertinente y útil para el esclarecimiento de los hechos, y éste les rechazare la solicitud, podrán instar la participación del Juez de la investigación preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia. Se entiende que recurrirán al Juez siempre que no estén de acuerdo con lo decidido por el Fiscal. El Juez resolverá de forma inmediata.

SÉTIMO.- En el caso en concreto, tal situación no ha ocurrido. Pues ha sido el mismo Fiscal quien ha recurrido al Juez de la investigación preparatoria con la finalidad que reexamine su providencia N° 11 de fecha 24 de agosto de 2011. A raíz de tal proceder, el Juez ha procedido a dictar la resolución de fojas 54 del presente incidente, contra la cual el Fiscal ha interpuesto apelación. En consecuencia, se ha seguido un procedimiento que pone en tela de juicio el reparto de roles que sustenta el sistema acusatorio recogido en el Código Procesal Penal, por lo que debe declararse su nulidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional ¹ ha establecido que la nulidad es entendida como aquel instituto procesal por medio del cual se declara la inexistencia o la invalidez de un acto procesal debido a que se ha cometido un vicio procesal, por violación a la ley procesal, que hace imposible obtener la finalidad del acto viciado. Situación que en el presente caso ha ocurrido.

OCTAVO.- Con la nulidad del procedimiento irregularmente seguido, es posible se perjudique los derechos del imputado Carlos David Calderón Aguirre, por lo que a fin que ello no ocurra, el Colegiado considera que debe dársele un tiempo prudencial para que, si lo considera aún necesario, inste la intervención del Juez de la investigación preparatoria respecto al rechazo de su pretensión producida por la providencia N° 11 del Ministerio Público.

Por tales fundamentos en aplicación de los artículos 419° y 150° letra d) del Código Procesal Penal de 2004, **RESOLVIERON DECLARAR INADMISIBLE** el recurso de apelación interpuesto por la señora Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos Corrupción de Funcionarios, contra la resolución N° 07, de fecha 06 de setiembre de 2011, y **NULO** hasta la resolución número 5 de fojas 40 del presente incidente. Se

¹ Exp. N° 04230-2009-PHC/TC, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2009.

DISPONE se notifique la presente resolución a la defensa del imputado Carlos David Calderón Aguirre a fin que inste la intervención del Juez si no estuviere conforme con la providencia 11 del Ministerio Público de fecha 24 de agosto de dos mil once, en el término de cinco días de notificado. **Notifíquese y devuélvase.**

EXPEDIENTE	: 00057-2011-0-1826-JR-PE-01
JUECES	: SALINAS SICCHA, MAITA DORREGARAY
ACUSADO	: CALDERÓN AGUIRRE, CARLOS DAVID
AGRAVIADO	: ESTADO
ASISTENTE JURISD.	: CORONADO ZEGARRA, SUSAN K.
DELITO	: ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Resolución N° Dos
Lima, treinta de setiembre
Del año dos mil once

AUTOS YATENDIENDO: Primero: Que el Juez podrá corregir, en cualquier momento los errores materiales en que se incurra en una resolución, conforme lo prevé el artículo 124 del Código Procesal Penal. **Segundo:** En la resolución número 01 de fecha 29 de setiembre del presente año, se ha incurrido en error material al consignar las letras "IN" en la parte resolutive del auto referido, lo que debe ser corregido, lo que no varía el sentido de la citada resolución. Por tanto: **CORRÍJASE** la resolución N° 01 del veintinueve de setiembre del dos mil once, que resuelve declara Inadmisible el recurso de apelación; a fin de considerarse su real sentido, entendiéndose que se quiso resolver declarando **ADMISIBLE** el recurso de apelación interpuesto, formando el presente auto, parte de la referida resolución; **notificándose.**

**APELACIÓN DE AUTO:**
**IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE CONTROL DE PLAZO
CONTRA LA CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

"[...] La materia a resolver, gira en torno a los siguientes temas:

a) Si se puede examinar el plazo razonable de la conclusión de la investigación preparatoria dispuesta por el Fiscal, en vía de control de plazos, y, b) De ser procedente ello, determinar si en el presente caso, el Ministerio Público ha vulnerado o no el derecho al plazo razonable así como el derecho a la defensa del imputado y los principios de objetividad y legalidad, y en consecuencia, si ello amerita amparar el pedido de control de plazo disponiendo la reposición del plazo de la investigación preparatoria".

"[...] Por lo que, de conformidad con la interpretación que de los derechos mencionados y las normas constitucionales y legales precitadas, se concluye que, puede examinarse en forma excepcional, la observancia del plazo razonable de la conclusión de la investigación preparatoria, dispuesta por el Fiscal, en vía de control de plazos".

"[...] Al respecto, cabe precisar que, si bien es cierto, el haberse adecuado los fundamentos fácticos de la investigación a tipos penales alternativos, por parte del Ministerio Público, sin haberse citado a los investigados, podría afectar el derecho de defensa de estos últimos, no es menos cierto que, habiéndose iniciado la etapa intermedia, por haberse concluido la investigación preparatoria y formalizado la acusación fiscal, por la propia naturaleza del cuestionamiento efectuado por la defensa a la acusación fiscal y por el estadio procesal en que se efectúa el referido cuestionamiento, la oportunidad idónea para discutir tales alegaciones, es la audiencia preliminar de la etapa intermedia, conforme lo señalan los artículos 351° y 352° del Código Procesal Penal".

"[...] Por tanto, no habiéndose acreditado violación alguna a derecho fundamental, que pudiera constituir situación excepcional que amerite amparar lo requerido, es del caso desestimar el control de plazos solicitado por la defensa".

Base Legal: Const.: Arts. 139.3°, 159°, 159.4°, 202°, 205°; NCPP: Arts. I, IV.2°, 60°, 61°, 337.4°, 337.5°, 343.1°, 343.2°, 350°, 351°, 352°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA PENAL DE APELACIONES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - LIMA**

EXPEDIENTE	: 00005-2011-21-1826-SP-PE-02
JUECES	: CASTAÑEDA OTSU, SALINAS SICCHA, MAITA DORREGARAY
MINISTERIO PÚBLICO	: QUINTA FISCALÍA SUPERIOR ESPECIALIZADA EN DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
ACUSADO	: CASTRO ROJAS, GERARDO LEONIDAS
AGRAVIADO	: ESTADO
ASISTENTE JURISD.	: CORONADO ZEGARRA, SUSAN
DELITO	: COHECHO ACTIVO GENÉRICO

Resolución N° Dos

**Miraflores, nueve de setiembre
Del año dos mil once**

AUTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, la apelación formulada por la defensa del imputado Gerardo Leonidas Castro Rojas contra la resolución número 01 de fecha 16 de Agosto del año en curso, expedida por la señora Juez del Segundo Juggado de Investigación Preparatoria, que declara Improcedente el pedido de Control de plazo formulado por la defensa del referido imputado; interviniendo como Ponente la señora Juez Superior Sara Maita Dorregaray; y **ATENDIENDO:**

PRIMERO: De los agravios del apelante Gerardo Leonidas Castro Rojas:

1.- En su escrito de apelación, la defensa argumenta que, se le ha causado un gravamen irreparable, pues en la investigación preparatoria no se llevaron a cabo diligencias de descargo como la declaración del Coronel PNP José Lavalle Santa Cruz, ni se recabó el informe de la fiscal Ana María Linares, así tampoco se ha concluido con el trámite de tres tutelas de derechos para exclusión de material probatorio por vulneración del contenido esencial de derechos fundamentales (incidentes 16, 19 y 20), ni el de un incidente de excepción de improcedencia de acción promovido por la defensa de Adriana Pérez Guedez.

Que pese a ello, el Ministerio Público emitió la disposición fiscal N° 32 concluyendo la investigación preparatoria, es decir, ha quebrado el principio de objetividad establecido en el artículo IV numeral 2 del Código Procesal Penal, y de legalidad establecido en el artículo 159° de la Constitución Política del Estado, para dar término al plazo de la investigación preparatoria.

Asimismo, señala que se vulnera el principio del plazo razonable de la investigación, con la disposición del Ministerio Público, pues dicho principio no sólo opera cuando se ha comprobado que la investigación es excesiva o irrazonable, sino también cuando el plazo ha sido concluido sin realizarse diligencias de descargo; motivos por los cuales, pide se declare fundado el control de plazo solicitado, reponiendo el plazo al tiempo necesario para la culminación de las diligencias antes mencionadas.

2.- En la audiencia de apelación, la defensa reitera sus agravios, y ante las preguntas formuladas por el colegiado, agrega:

- a) Que el Ministerio Público desestimó la declaración del PNP Lavalle, habiendo efectuado su pedido en el mes de abril.
- b) Que se desiste del informe de la Fiscal Ana María Linares.
- c) Reitera que se encuentran pendientes de resolver los incidentes 16, 19 y 20, sobre tutelas de derechos promovidos por el apelante y la excepción de improcedencia de acción promovida por su co-imputada Adriana Pérez Guedez.
- d) Que el Ministerio Público venía actuando diligencias hasta tres días antes de concluir el plazo.
- e) También señala que en tres oportunidades se amplía la investigación preparatoria, siendo la última vez el veintisiete de julio del presente año y le notifican el dos de agosto; disposición en la cual se adecúan los fundamentos fácticos a tipos penales alternativos, sin citar a los imputados, ni señalar las diligencias a realizar, recortando su derecho de defensa, no habiendo tenido plazo para preparar una defensa eficaz.

SEGUNDO: Argumentos del Ministerio Público:

En la audiencia de apelación, el Ministerio Público señala que, la resolución apelada se encuentra ajustada a derecho porque es facultad del Fiscal como director de la investigación, concluir el plazo de la misma. Que el Ministerio Público formuló acusación contra Castro, y otros, por lo que las partes pueden observar la acusación y ofrecer medios de defensa, de acuerdo a lo previsto por el artículo 350° del Código Procesal Penal. Y que la presunta vulneración de derechos fundamentales, tiene otra vía. Por lo que pide confirmar la recurrida.

TERCERO: Fundamentos de la resolución impugnada:

En la resolución recurrida, la señora Juez ha señalado que, si el Fiscal rechaza alguna solicitud de actuación probatoria, las partes pueden acudir ante el Juez de la investigación preparatoria para obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia, sin embargo, ello no impide a tenor de lo señalado en el artículo 343° del Código Procesal Penal, numerales 1 y 2, que el Fiscal en su condición de director de la investigación, tenga que esperar a que se cumpla con el tiempo máximo fijado para la investigación, a fin de concluirla, sino que en atención a las circunstancias, si considera que ha reunido la prueba suficiente que sustente su acusación y el debate probatorio, puede dar por concluida la etapa de investigación preparatoria, lo que en el presente caso ha sucedido.

Que las diversas diligencias de descargo alegadas, no han sido identificadas, así como la excepción de improcedencia de acción se encuentra en apelación, sustanciándose en cuaderno aparte, precisamente para no suspender el trámite del principal, por lo que no puede sustentarse este tipo de pretensiones a las resultas de lo que se resuelva en dos incidencias.

Observándose que se pretende cuestionar vía control de plazo la no actuación de pruebas de descargo, dentro del término de la investigación preparatoria, empero al existir ya un requerimiento de acusación fiscal, que se someterá a un control en todos sus extremos, será dentro de este tipo de audiencia donde las partes en uso de sus legítimos derechos pueden cuestionar no sólo el plazo sino las pruebas que sustenta la acusación y todos los demás elementos que contiene la acusación fiscal, por lo que declara improcedente la petición.

CUARTO: Fundamentos del Colegiado:

La materia a resolver, gira en torno a los siguientes temas:

- a) Si se puede examinar el plazo razonable de la conclusión de la investigación preparatoria dispuesta por el Fiscal, en vía de control de plazos, y,

b) De ser procedente ello, determinar si en el presente caso, el Ministerio Público ha vulnerado o no el derecho al plazo razonable así como el derecho a la defensa del imputado y los principios de objetividad y legalidad, y en consecuencia, si ello amerita amparar el pedido de control de plazo disponiendo la reposición del plazo de la investigación preparatoria.

Al respecto, es del caso precisar:

4.1.- Que partiendo de la norma constitucional, debe efectuarse una interpretación sistemática sobre las facultades del Ministerio Público en la investigación del delito.

Al respecto, tenemos que, el artículo 159° de la Constitución, prevé entre las atribuciones y funciones del Ministerio Público, en su inciso 4, la conducción desde su inicio, de la investigación del delito, así como el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte.

Concordando con ello, el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, así como el artículo 60° y siguientes del mismo código, consagran al Ministerio Público, como el titular del ejercicio de la acción penal; actuando de oficio o a instancia de la víctima, por acción popular o noticia policial; en función de lo cual, se encuentra encargado de la conducción de la investigación preparatoria, la misma en la que se persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que le permitirán al Fiscal decidir si formula o no acusación, y al imputado, preparar su defensa. Lo que responde al principio acusatorio, correspondiendo al Juez de la investigación preparatoria el rol de Juez de garantías.

Por lo que, en el nuevo modelo procesal, las funciones tanto del Ministerio Público como del Juez y los demás sujetos procesales, se encuentran delimitadas, de tal manera que, les corresponde a las partes del proceso, plantear su teoría del caso y demostrarla ante el Juez, a fin de obtener una resolución que ampare la misma.

Asimismo, el Ministerio Público tiene la carga de la prueba, estando obligado a observar el principio de objetividad, conduciendo y controlando jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

En tal virtud, es que el ordenamiento procesal penal le confiere al Fiscal la potestad de dar por concluida la investigación Preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto (artículo 343° del Código Procesal Penal), aún cuando no hubiere vencido el plazo.

Por lo que, correspondiéndose ello con el deber de la carga de la prueba y la conducción de la investigación que nuestro ordenamiento jurídico le confiere al Ministerio Público, en principio, no podría cuestionarse su decisión de concluir la investigación, si decidiera hacerlo antes del vencimiento del plazo.

4.2.- En cuanto al plazo razonable, el mismo, constituye una manifestación del derecho al debido proceso, aludiendo a un lapso de tiempo suficiente para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación y la emisión de la decisión correspondiente, por lo que se comprende en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado; interpretación acorde a lo señalado por el Tribunal Constitucional y por los órganos jurisdiccionales supranacionales, de acuerdo a cuyas Sentencias, se da contenido a las normas que regulan los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, conforme a lo previsto por los artículos 202° y 205° de la Constitución Política del Estado, artículos V y VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Es así, que la Corte Suprema de Justicia de la República, también se ha pronunciado respecto al plazo razonable, estableciendo como doctrina jurisprudencial vinculante, que: "...todo justiciable tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a no ser sometido de manera indefinida a un proceso penal sin que se resuelva su situación jurídica"¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como doctrina jurisprudencial ha señalado que, para verificar la razonabilidad del plazo, "es preciso tomar en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo,

¹ Sentencia de Casación N° 54-2009 – LA LIBERTAD, del 20.07.2010.

considerando, entre otros elementos, la materia objeto de la controversia”².

Asimismo, el Tribunal Constitucional, ha recogido los criterios de la jurisprudencia comparada, particularmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para determinar la existencia en un caso concreto, de un plazo razonable, referidos a, que para tales efectos se debe tener en consideración la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y la actuación de los tribunales; estableciendo ello como doctrina jurisprudencial de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en la Sentencia expedida en el Exp. N° 5228-2006-PHC/TC del 15.02.2001-Lima-Samuel Gleiser Katz³.

Precisando el Tribunal Constitucional, que, en cuanto a la conducta de las autoridades judiciales (comprendiendo en ella no sólo al órgano jurisdiccional sino también a la actividad del fiscal); para evaluar su comportamiento, es necesario tener presente, entre otros aspectos que, “...En cuanto a la actividad del fiscal, el primer criterio a considerar es la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. En principio, se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del ministerio público. No obstante, es una presunción iuris tantum, en la medida en que ella puede ser desvirtuada (...) habrá inactividad fiscal aún cuando se lleven a cabo actos de investigación que no tengan relación directa o indirecta con el objeto de investigación”⁴, “...si los actos procesales realizados han contribuido, o no, a la pronta resolución del proceso penal”⁵ y “...la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general”⁶.

Del mismo modo, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, prevé que, la justicia penal “Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable”. Implícando el nuevo modelo procesal, diversas instituciones que buscan proteger los derechos de los justiciables, inspirado en los principios de oralidad, intermediación, celeridad, publicidad y contradicción.

4.3.- En cuanto al derecho de defensa, el Tribunal Constitucional también ha señalado que “...La Constitución (artículo 2°-24-e) reconoce el principio-derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que implica que <cuando existe el procesamiento y mucho antes, es decir, con la sola imputación por parte de cualquier otro miembro de la sociedad (el fiscal, la policía, el vecino, la prensa) el principio que rige es que la persona no sea señalada como culpable hasta que una sentencia no lo declare como tal...el contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción de la sospecha permanente. De ahí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial”⁷.

4.4.- De todo lo cual se desprende que, conforme al contenido esencial de los derechos a la presunción de inocencia, al plazo razonable, y al derecho de defensa precitados, si bien es cierto, al Ministerio Público le corresponde la carga de la prueba, encontrándose facultado para concluir la investigación preparatoria incluso antes del vencimiento del plazo de la misma, no es menos cierto que a fin de cautelar los derechos antes mencionados, los diversos órganos jurisdiccionales precitados, concuerdan en que las facultades del fiscal no son absolutas, debiendo evitarse la arbitrariedad, por lo que su actuación también está sujeta a control, toda vez que, no obstante partir de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público, tal es una presunción iuris tantum, en la medida en que ella puede ser desvirtuada, como en defensa, precisamente, de los derechos antes anotados.

Siendo ello así, se advierte que, se encuentra prevista una audiencia de control de plazo, en el artículo 343° del Código Procesal Penal, que opera al vencimiento del plazo de la investigación preparatoria, en caso que el Fiscal lo exceda sin concluir la investigación.

No encontrándose contemplado expresamente en tal audiencia de control, el supuesto de reposición del plazo de la investigación preparatoria, en caso el Fiscal disponga su conclusión antes de su vencimiento.

Empero, no puede dejar de plantearse que, pueden presentarse casos en forma extraordinaria, en los que sea evidente la vulneración de los derechos antes mencionados, (como por ejemplo, cuando pese a admitirse una diligencia por el Fiscal, ésta no se actúe por inactividad del mismo y pese a ello dé por concluida la investigación, siendo dicha diligencia indispensable como elemento de descargo para la decisión del Minis-

² Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia del 27 de Noviembre del 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas).

³ A su vez también se ha recogido dichos criterios sobre el plazo razonable en las Sentencias 6167-2006-PHC/TC, 7624-2005-PHC/TC, 594-2004-PHC/TC y 2748-2010-PHC/TC. Así como también en las Sentencias 3509-2009-HC y 5350-2009-PHC/TC.

⁴ Sentencia 5228-2006-PHC/TC.

⁵ Sentencia 5350-2009-PHC/TC.

⁶ Sentencia 3509-PHC/TC.

⁷ Sentencia 5228-2006-PHC/TC.

terio Público sobre la acusación o no al imputado).

Por lo que, de conformidad con la interpretación que de los derechos mencionados y las normas constitucionales y legales precisadas, se concluye que, puede examinarse en forma excepcional, la observancia del plazo razonable de la conclusión de la investigación preparatoria, dispuesta por el Fiscal, en vía de control de plazos.

4.5.- A fin de determinar si en el presente caso, como invoca el apelante, el Ministerio Público ha vulnerado su derecho al plazo razonable y a la defensa, y conforme a la interpretación efectuada, sea éste un caso excepcional, es preciso señalar:

4.5.1.- Respecto a que no se llevaron a cabo diligencias de descargo como la declaración del Coronel PNP José Lavalle Santa Cruz, ni se recabó el informe de la fiscal Ana María Linares:

4.5.1.1.- La propia defensa del imputado recurrente ha reconocido en la audiencia, al ser preguntada por el colegiado, que, al haberse desestimado por el Ministerio Público, su pedido de declaración del PNP Lavalle, ha quedado consentida tal desestimación.

Toda vez que, conforme lo prevee el inciso 5 del artículo 337° del Código Procesal Penal, el sujeto procesal que solicitó la diligencia, al tener interés en su realización puede recurrir al Juez si el Fiscal rechaza su solicitud de diligencias.

En este caso, no obstante haber tenido expedito su derecho para hacerlo valer conforme a lo previsto por el artículo 337° del Código Procesal Penal, la defensa del recurrente ha omitido ello, por lo que, no puede pretender actuar en vía distinta la declaración mencionada.

Empero, ello no es óbice para que, atendiendo al estadio procesal en que se encuentra el proceso, el recurrente haga valer su derecho en cuanto a los medios probatorios que considere pertinentes a su defensa, en la etapa intermedia, conforme a los artículos 350° y 351° del código adjetivo citado, e incluso en etapa posterior.

4.5.1.2.- En cuanto al informe de la Fiscal Ana María Linares, la defensa se ha desistido de dicho pedido, conforme a lo expuesto en la audiencia de apelación, por lo que carece de objeto pronunciamiento alguno al respecto, en este extremo.

4.5.2.- Respecto a que se encuentran pendientes de resolver los incidentes promovidos por el apelante, como son las tres tutelas de derechos para exclusión de material probatorio por vulneración del contenido esencial de derechos fundamentales (incidentes 16, 19 y 20), y el incidente de excepción de improcedencia de acción promovido por la defensa de Adriana Pérez Guedez, es del caso precisar, que tales articulaciones constituyen incidentes que no pueden interferir con el curso del proceso principal; más aún, si a la fecha, todos ellos han sido resueltos por esta Sala de Apelaciones.

4.5.3.- Asimismo, al responder las preguntas del colegiado en la audiencia de apelación, la defensa señaló, que el Ministerio Público venía actuando diligencias hasta tres días antes de concluir el plazo, y que, en tres oportunidades se amplía la investigación preparatoria, siendo la última vez el veintisiete de julio del presente año y le notifican el dos de agosto, no habiéndose citado a los imputados, no obstante que en dicha disposición fiscal se adecúan los fundamentos fácticos de la investigación, no señalando las diligencias que se van a realizar, no habiendo tenido plazo para preparar una defensa eficaz.

Al respecto, cabe precisar que, si bien es cierto, el haberse adecuado los fundamentos fácticos de la investigación a tipos penales alternativos, por parte del Ministerio Público, sin haberse citado a los investigados, podría afectar el derecho de defensa de estos últimos, no es menos cierto que, habiéndose iniciado la etapa intermedia, por haberse concluido la investigación preparatoria y formalizado la acusación fiscal, por la propia naturaleza del cuestionamiento efectuado por la defensa a la acusación fiscal y por el estadio procesal en que se efectúa el referido cuestionamiento, la oportunidad idónea para discutir tales alegaciones, es la audiencia preliminar de la etapa intermedia, conforme lo señalan los artículos 351° y 352° del Código Procesal Penal.

4.6.- Por tanto, no habiéndose acreditado violación alguna a derecho fundamental, que pudiera constituir situación excepcional que amerite amparar lo requerido, es del caso desestimar el control de plazos solici-

tado por la defensa.

Fundamentos por las cuales, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, **RESUELVE: CONFIRMAR** la resolución apelada número 01 de fecha 16 de Agosto del año en curso, expedida por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, que declara **IMPROCEDENTE** el pedido de Control de plazo formulado por la defensa del imputado Gerardo Leonidas Castro Rojas; con lo demás que contiene. **Notificándose.**

APELACIÓN DE AUTO:**CARÁCTER RESIDUAL DE LA TUTELA DE DERECHOS**

"[...] De todo lo cual se desprende que, conforme al contenido esencial del derecho al plazo razonable, si bien es cierto, se encuentra prevista una audiencia de control de plazo, en el artículo 343° del Código Procesal Penal, en caso que, vencidos los plazos de la investigación preparatoria, el Fiscal no dé por concluida la misma; no es menos cierto que, interpretar restrictivamente tal norma, vulneraría el derecho antes mencionado, por lo que [...] puede examinarse la observancia del plazo razonable de la disposición fiscal que declara compleja la conclusión de la investigación preparatoria, en vía de control de plazos".

"[...] Por lo que, no puede por tanto, procederse a emitir pronunciamiento alguno de fondo sobre el pedido formulado en esta vía, dejando a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer en la vía correspondiente".

Base Legal: Const.: Arts. 139.3°, 202°, 205°; CPC: Arts. V, VI; NCPP: Arts. I, X, 71°, 71.4°, 342.1°; 343°; AP: N° 04-2010/CJ-116

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA PENAL DE APELACIONES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - LIMA**

EXPEDIENTE	: 00093-2011-2-1826-SP-PE-01
JUECES	: CASTAÑEDA OTSU, SALINAS SICCHA, MAITA DORREGARAY
MINISTERIO PÚBLICO	: TERCERA FISCALÍA SUPERIOR ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
ACUSADO	: ELY VARGAS ROCA
AGRAVIADO	: ESTADO
ASISTENTE JURISD.	: INFANTES HERRERA, URSULA
DELITO	: COLUSIÓN O NEGOCIACION INCOMPATIBLE

Resolución N° Dos

**Miraflores, nueve de setiembre
Del año dos mil once**

AUTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, la apelación formulada por la defensa del imputado Ely Vargas Roca contra la resolución número uno de fecha 19 de Agosto del año en curso, expedida por el señor Juez del Primer Juggado de Investigación Preparatoria, que declara Improcedente la Tutela de Derechos formulada por el recurrente a fin de que se proceda a declarar la nulidad de la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria en el extremo que declara compleja la citada investigación y se fija en ocho meses el plazo de la misma, debiendo establecerse como plazo máximo acorde a lo dispuesto por el artículo 342.1° del Código Procesal Penal; interuiniendo como Ponente la señora Juez Superior Sara Maita Dorregaray; y **ATENDIENDO:**

PRIMERO: De los agravios del apelante Ely Vargas Roca:

1.- En su escrito de apelación, la defensa argumenta como agravios:

1.1.- La vulneración del derecho a la legalidad procesal por indebida interpretación del artículo 71.4° del Código Procesal Penal, indebida aplicación del Acuerdo Plenario 4-2010 e indebida interpretación del artículo 343° del Código Procesal Penal.

1.2.- La vulneración de su derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

2.- En la audiencia de apelación, la defensa señala que, el Acuerdo Plenario 4-2010 reconoce el carácter subsidiario de la tutela de derechos; que el cuestionamiento de la razonabilidad de la disposición de Formalización y continuación de la investigación preparatoria, no existe en la legislación procesal.

Que el plazo razonable está tutelado en diversos instrumentos jurídicos y la disposición fiscal vulnera sus derechos, por lo que pide revocar la apelada y se declare sobre su pedido.

SEGUNDO: Argumentos del Ministerio Público:

En la audiencia de apelación, el Ministerio Público señala que, el Acuerdo Plenario 4-2010 señala que la tutela de derechos es residual, que en cuanto al control de la razonabilidad de la declaración de complejidad de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, no existe una vía propia. Que el fiscal no puede disponer un plazo sin decir por qué. El derecho al plazo razonable sí está contenido en el artículo 71° del Código Procesal Penal.

Agrega, que la Sala se ve limitada a lo señalado por el Juez Penal. Que en el fundamento 15 del Acuerdo Plenario, el Juez debe convocar a audiencia, por lo que pide llevar a cabo una audiencia de control. Pide la nulidad de la resolución recurrida, y que se admita a trámite.

TERCERO: Fundamentos de la resolución impugnada:

En la resolución recurrida, el señor Juez ha señalado que, el Acuerdo Plenario N° 4-2010 /CJ-116 en su fundamento 15 señala que el Juez al evaluar la pretensión de tutela de derechos, debe efectuar un control mínimo para determinar la viabilidad o no de la admisión de la tutela.

Que al ser la finalidad del imputado cuestionar la formalización y continuación de la investigación preparatoria formulada por la señorita fiscal, en razón de su declaración de complejidad, por lo que se fijó en ocho meses, debe tenerse en cuenta el carácter residual de la tutela de derechos, y que nuestra norma adjetiva ha previsto un mecanismo específico para controlar los plazos de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria ya formalizada, por lo que se puede inferir que a nivel de nuestra jurisprudencia plenaria se ha establecido la vía específica de audiencia de control de plazo para ventilar el derecho invocado por la parte recurrente.

CUARTO: Fundamentos del Colegiado:

La materia a resolver, gira en torno a los siguientes temas:

- a) Si es posible examinar la observancia del plazo razonable de la disposición fiscal que declara compleja la investigación preparatoria; y, cuál es la vía idónea para ello.
- b) En caso de admitirse el examen de la razonabilidad de la disposición fiscal referida, en vía de tutela de derechos, determinar si se han verificado los supuestos para declararse compleja la investigación preparatoria, emitiendo un pronunciamiento de fondo.

Al respecto, es del caso precisar:

4.1.- En cuanto al plazo razonable, el mismo, constituye una manifestación del derecho al debido proceso, aludiendo a un lapso de tiempo suficiente para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación y la emisión de la decisión correspondiente, el que se comprende en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado.

Interpretación acorde a lo señalado por el Tribunal Constitucional y por los órganos jurisdiccionales supranacionales, de acuerdo a cuyas sentencias, se da contenido a las normas que regulan los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución, conforme a lo previsto en los artículos 202° y 205° de la Constitución Política del Estado, artículos V y VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Es así, que la Corte Suprema de Justicia de la República, se ha pronunciado respecto al plazo razonable, estableciendo como doctrina jurisprudencial vinculante, que: "...todo justiciable tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a no ser sometido de manera indefinida a un proceso penal sin que se resuelva su situación jurídica".¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como doctrina jurisprudencial ha señalado que, para verificar la razonabilidad del plazo, "es preciso tomar en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera

¹ Sentencia de Casación N° 54-2009 – LA LIBERTAD, del 20.07.2010.

pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de la controversia”.²

Asimismo, el Tribunal Constitucional, ha recogido los criterios de la jurisprudencia comparada, particularmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para determinar la existencia en un caso concreto, de un plazo razonable, referidos a, que para tales efectos se debe tener en consideración la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y la actuación de los tribunales; estableciendo ello como doctrina jurisprudencial de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en la Sentencia expedida en el Exp. N° 5228-2006-PHC/TC del 15.02.2001-Lima-Samuel Gleiser Katz³.

Precisando el Tribunal Constitucional, que, en cuanto a la conducta de las autoridades judiciales (comprendiendo en ella no sólo al órgano jurisdiccional sino también a la actividad del fiscal); para evaluar su comportamiento, es necesario tener presente, entre otros aspectos que, “...En cuanto a la actividad del fiscal, el primer criterio a considerar es la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. En principio, se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del ministerio público. No obstante, es una presunción iuris tantum, en la medida en que ella puede ser desvirtuada (...) habrá inactividad fiscal aún cuando se lleven a cabo actos de investigación que no tengan relación directa o indirecta con el objeto de investigación”⁴, “...si los actos procesales realizados han contribuido, o no, a la pronta resolución del proceso penal”⁵ y “...la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general”.⁶

Asimismo, el Código Procesal Penal, en el artículo I del Título Preliminar del prevee que, la justicia penal “Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable”. Implícando el nuevo modelo procesal, diversas instituciones que buscan proteger los derechos de los justiciables, inspirado en los principios de oralidad, intermediación, celeridad, publicidad y contradicción.

4.2.- En cuanto a la Tutela de Derechos, debemos tener en cuenta que la misma se encuentra prevista en el artículo 71° del Código Procesal Penal, que en su apartado 4 prevee que: “Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan”.

Asimismo, el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 del 16 de noviembre del 2010 adoptado por el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, que tiene carácter de doctrina legal vinculante, conforme a lo previsto en los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha precisado los alcances de la denominada “Audencia de Tutela”, señalando, entre otros, que: “...aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela (...) la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado”.

4.3.- De todo lo cual se desprende que, conforme al contenido esencial del derecho al plazo razonable, si bien es cierto, se encuentra prevista una audiencia de control de plazo, en el artículo 343° del Código Procesal Penal, en caso que, vencidos los plazos de la investigación preparatoria, el Fiscal no dé por concluida la misma; no es menos cierto que, interpretar restrictivamente tal norma, vulneraría el derecho antes mencionado, por lo que, de conformidad con la interpretación que de este último ha efectuado no sólo el Tribunal Constitucional sino también los tribunales internacionales precedentemente citados, teniendo además como fundamento de interpretación lo previsto por los artículos I y X del Título Preliminar del Código adjetivo precitado, puede examinarse la observancia del plazo razonable de la disposición fiscal que declara compleja la conclusión de la investigación preparatoria, en vía de control de plazos.

Por lo que, no puede por tanto, procederse a emitir pronunciamiento alguno de fondo sobre el pedido formu-

² Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia del 27 de Noviembre del 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas).

³ A su vez también se ha recogido dichos criterios sobre el plazo razonable en las Sentencias 6167-2006-PHC/TC, 7624-2005-PHC/TC, 594-2004-PHC/TC y 2748-2010-PHC/TC. Así como también en las Sentencias 3509-2009-HC y 5350-2009-PHC/TC.

⁴ Sentencia 5228-2006-PHC/TC.

⁵ Sentencia 5350-2009-PHC/TC.

⁶ Sentencia 3509-PHC/TC.

lado, en esta vía, dejando a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer en la vía correspondiente, conforme a lo precedentemente señalado.

Fundamentos por las cuales, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, **RESUELVE: CONFIRMAR** la resolución apelada número uno de fecha 19 de Agosto del año en curso, expedida por el señor Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, que declara **IMPROCEDENTE** la Tutela de Derechos formulada por el recurrente a fin de que se proceda a declarar la nulidad de la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria en el extremo que declara compleja la citada investigación y se fija en ocho meses el plazo de la misma, debiendo establecerse como plazo máximo acorde a lo dispuesto por el artículo 342.1 del Código Procesal Penal; con lo demás que contiene. **Notificándose.**

APELACIÓN DE AUTO:**58****COMPUTO DEL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES PARA CASOS ADECUADOS AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

"[...] De lo que se concluye que, el cómputo del plazo de las diligencias preliminares, debe ser efectuado desde su adecuación a las normas del Código Procesal Penal".

"[...] De todo lo cual se puede concluir, que habiéndose adecuado la investigación con fecha 15.08.11 mediante la citada Disposición N° 01, debe contarse el plazo de las diligencias preliminares desde dicha fecha, el mismo que no debe excederse del máximo de 120 días naturales, conforme a su naturaleza, habiendo considerado el Ministerio Público su complejidad, y habiéndose dispuesto inicialmente 30 días ampliados por 90 días más, tal plazo no excede el máximo señalado precedentemente, por lo que la resolución recurrida se encuentra arreglada a Ley y a los actuados".

Base Legal: Ley: N° 28994, 29574, 29648; DL: N° 958; NCPP: Arts. 84.4°, 324°, 334.2°, 342°; AP: N° 02-2008/CJ-116

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA PENAL DE APELACIONES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - LIMA**

EXPEDIENTE	: 00149-2011-1-1826-JR-PE-01
JUECES	: FARFÁN OSORIO, MAITA DORREGARAY, MAGALLANES AYMAR
MINISTERIO PÚBLICO	: PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
ACUSADO	: JORGE RICARDO APARICIO MOSSELLI Y OTROS
AGRAVIADO	: ESTADO
ASISTENTE JURISD.	: OVIEDO PALOMINO, ROCIO DEL PILAR
DELITO	: NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y OTROS

Resolución N° Tres

**Miraflores, veintiséis de octubre
Del año dos mil once**

AUTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, la apelación formulada por la defensa del imputado Jorge Ricardo Aparicio Mosselli contra la resolución número 2 de fecha 13 de octubre del año en curso, expedida por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria en audiencia de la misma fecha, que declara infundado el Control de Plazo de diligencias preliminares solicitado por la referida defensa; interviniendo como Ponente la señora Juez Superior Sara Maita Dorregaray; y **ATENDIENDO:**

PRIMERO: De los agravios del apelante:

Argumenta el impugnante que, desde abril del año 2008, con ocasión de un reportaje de televisión sobre preguntas responsabilidades de funcionarios del Banco de Materiales, se dió inicio a la investigación preliminar por la Tercera Fiscalía Anticorrupción.

Que mediante Ley N° 29648, se dispuso la entrada en vigencia del Código Procesal Penal desde el 15.01.11, en el Distrito Judicial de Lima para delitos tipificados en las Secciones II, III y IV del Código Penal.

Al no concluir la investigación preliminar, el recurrente mediante escrito de fecha 09 de agosto del 2011, solicitó al Ministerio Público al amparo de lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 334° del código acotado, que se diera término a la investigación preliminar.

Sin embargo, con fecha 15.08.11 se expidió la Disposición N° 01, en la cual se adecúa la investigación a las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal, y se promueve investigación preliminar contra su patrocinado y otros, por el término de treinta días.

Posteriormente se expide la Disposición N° 02 de fecha 27.09.11, en la cual se dispone ampliar el plazo de la investigación preliminar por el término de noventa días. No obstante lo cual, la Fiscalía sólo ha pedido dos informes.

Que debe tenerse en cuenta todas las investigaciones anteriores, pues tiene 03 años y 06 meses de investigación. No siendo aceptable que se considere el plazo de la investigación desde la fecha de la adecuación de

la misma el 15.08.11. Además señala que al haberse fijado un plazo irrazonable para la continuación de la investigación preliminar, solicita se ponga fin a la misma. Pidiendo reuocar la resolución apelada.

SEGUNDO: Argumentos del Ministerio Público:

En la audiencia de apelación, el señor representante del Ministerio Público señala que el plazo razonable opera desde el inicio de la investigación preliminar, sin embargo, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el plazo razonable no sólo busca evitar dilaciones indebidas sino también, evitar plazos breves no acordes a la naturaleza del caso.

Que mediante Disposición número uno de fecha 15.08.11 se adecuó la investigación, por lo que el plazo corre a partir de esa fecha. Asimismo, conforme lo señala la Casación N° 2- 2008 el plazo máximo de las diligencias preliminares es el previsto por el artículo 342° del Código Procesal Penal.

Adjunta una copia simple de la Disposición N° 1 del 15.08.11, que se dispone agregar a los autos, encontrándose conforme con ello la defensa.

TERCERO: Fundamentos de la resolución impugnada:

En la resolución recurrida, la señora Juez ha señalado que, conforme a la Ley 29574, se dispuso que en cuanto a los delitos de Corrupción de Funcionarios, éstos se iban a adecuar al nuevo Código Procesal Penal, lo que se modificó mediante Ley 29648, y entró en vigencia el nuevo ordenamiento procesal con fecha 15.01.11.

Que conforme lo dispone la Sentencia Casatoria expedida por la Sala Penal Permanente, el plazo máximo de las diligencias preliminares no será mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulado en el artículo 324° del Código Procesal Penal.

Que el Ministerio Público ha manifestado que se trata de un proceso complejo, por la cantidad de imputados y delitos que se investigan, ya que son más de cuatro delitos, lo que conforme se dispone en el apartado 3 del artículo 342°, se considera complejo cuando requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación, que comprenda la investigación numerosos delitos e involucre una cantidad importante de imputados y agraviados; asimismo en el inciso e) se señala que la demanda para la realización de pericias que comporta la revisión de una nutrida documentación o análisis técnico, como la revisión de la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado, hecho que conforme también lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional, debe estar acorde al principio de razonabilidad, situación de complejidad que se presenta en estas diligencias preliminares.

Que el cómputo del plazo debe efectuarse a partir de la fecha de adecuación, esto es, a partir del 15 de agosto del 2011, por lo que al haber dispuesto el Ministerio Público mediante disposición número 2 del 27 de setiembre del 2011 la ampliación del plazo por 90 días, está dentro del plazo correspondiente establecido por Ley, por lo que declara infundado el control de plazos.

CUARTO: Fundamentos del Colegiado:

a) El tema en discusión, respecto al cual debe emitirse pronunciamiento, se encuentra referido al cómputo del plazo de las diligencias preliminares, esto es, desde cuándo se computa el referido plazo, y cuál es su plazo máximo.

b) En cuanto al plazo máximo de las diligencias preliminares, tenemos que, el inciso 2 del artículo 334° del citado código, prescribe que dicho plazo es de 20 días, salvo que se produzca la detención de una persona.

Contemplando también la posibilidad que el Fiscal pueda "fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación".

c) A efectos de determinar el plazo referido, debemos tener en cuenta la razonabilidad del plazo de las diligencias preliminares:

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "...la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar no puede ser advertida por el simple transcurso cronológico del tiempo, como si se tratase de una

actividad mecánica, sino que más bien se trata de una actividad compleja que requiere del uso de un baremo de análisis especial que permita verificar las específicas circunstancias presentes en cada investigación (actuación del investigado, actuación del fiscal y la naturaleza de los hechos objeto de la investigación)...”¹

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como doctrina jurisprudencial ha señalado que, para verificar la razonabilidad del plazo, “es preciso tomar en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de la controversia”.²

La Corte Suprema de Justicia de la República, también se ha pronunciado respecto al plazo razonable, estableciendo como doctrina jurisprudencial vinculante, que: “...todo justiciable tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a no ser sometido de manera indefinida a un proceso penal sin que se resuelva su situación jurídica”.³

De lo cual se desprende que, el plazo razonable de las diligencias preliminares, debe considerar no sólo las circunstancias de la investigación (como la complejidad del asunto, la conducta procesal del imputado y la actividad de la autoridad judicial), sino también, se debe tener en cuenta la afectación que se produce en la situación jurídica de la persona involucrada, como consecuencia de la duración del procedimiento, siendo por tanto, que de acuerdo a ello, las citadas diligencias preliminares no tendrán un plazo uniforme en todos los casos.

d) De lo expuesto es posible afirmar que, si bien el plazo ordinario de las diligencias preliminares es de 20 días naturales, el legislador ha previsto en forma extraordinaria, que existen casos en que el Fiscal, por las circunstancias y dada la finalidad de las referidas diligencias, puede ampliar el plazo de éstas.

Para lo cual, conforme a lo expuesto, debe observar, a efectos de fijar el citado plazo, los parámetros sobre el plazo razonable establecidos tanto por el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, y por la Corte Suprema de Justicia de la República.

e) Al no haberse establecido expresamente, cuál es el plazo que, el Fiscal podría fijar, en caso de complejidad y de acuerdo a las circunstancias de la investigación, que se prevé en la segunda parte del inciso 2 del artículo 334° antes mencionado, se ha emitido la Casación N° 02-2008-La Libertad, de fecha 03 de Junio del año 2008, doctrina jurisprudencial que interpretando las normas adjetivas del código acotado, ha determinado que, el referido plazo no podría ser mayor al plazo máximo de la investigación preparatoria regulado en el artículo 342° de la ley procesal penal.

Y si bien la Casación N° 02-2008 estableció como doctrina jurisprudencial, que el plazo de las diligencias preliminares es diferente y no se haya comprendido en el plazo de la investigación preparatoria, ello no significa que los plazos sean computados en forma diferente, esto es, que en ambos casos, el cómputo debe efectuarse en días naturales, como se puede concluir de la interpretación sistemática y teleológica de las normas precitadas, corroborándose ello con el fundamento decimo primero de la referida Casación, en el que, se hace referencia a los veinte días naturales de las diligencias preliminares.

Por lo que, habiéndose contemplado como plazo de la investigación preparatoria, el de ciento veinte días naturales, el plazo de las diligencias preliminares, no puede exceder, a su vez, de dicho término. Pues es posible entender que, el plazo de 20 días naturales es para los casos ordinarios, y el plazo ampliado de 120 días naturales corresponde a los casos que por su naturaleza y complejidad lo ameritan. Lo que, ya anteriormente se ha dejado establecido por este Superior Colegiado.⁴

f) En cuanto a la fecha desde la cual se computa el referido plazo de las diligencias preliminares, este colegiado se ha pronunciado al respecto⁵, señalando que al adecuarse la investigación a las disposiciones del Código Procesal Penal del 2004, en estricta aplicación del Decreto Legislativo N° 958 modificado por la Ley

1 Exp. N° 02748-2010-PHC/TC-Lima. Caso Mosquera Iguierdo. Sentencia del 11.08.2010.

2 Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia del 27 de Noviembre del 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas).

3 Sentencia de Casación N° 54-2009 – LA LIBERTAD, del 20.07.2010.

4 Exp.27-2011-2. Auto de fecha 01.07.2011./ Exp.56-2011-1. Auto de fecha 19.07.2011/ Exp.17-2011-2. Auto de fecha 19.07.2011./ Exp. 100-2011-3. Auto de fecha 06.09.11.

5 Exp.24-2011-3. Auto de fecha 06.09.11.

N° 28994 y la Ley N° 29574 modificada por Ley N° 29648, es recién desde esa fecha, que se realizan los actos de investigación tanto de cargo como de descargo, para efectos del proceso penal bajo el modelo acusatorio, donde el respeto de los derechos y garantías de los investigados así como del agraviado, es primordial en el procedimiento.

En este último, los investigados tienen las posibilidades de participar incluso en la actuación de las diligencias preliminares (inciso 4 del artículo 84° del CPP), lo que bajo el procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Penales, no era posible.

De lo que se concluye que, el cómputo del plazo de las diligencias preliminares, debe ser efectuado desde su adecuación a las normas del Código Procesal Penal.

g) En el presente caso, se advierte que, con fecha 15.08.11 se expidió la Disposición N° 1, cuya copia ha sido adjuntada en la audiencia de apelación, y se ha agregado a los autos; mediante la cual, la señora Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, adecuó a las disposiciones del Nuevo Código Procesal Penal- Decreto Legislativo N° 957, la investigación seguida contra el recurrente Jorge Ricardo Aparicio Mosselli y otros, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública- Negociación Incompatible y otros, en agravio del Estado; promoviendo investigación preliminar en sede fiscal por el término de treinta días.

De lo cual se desprende, de acuerdo a lo expuesto precedentemente, que la señora Fiscal comprendió que las diligencias preliminares a actuarse, por las circunstancias del caso, y su complejidad, ameritaban hacer uso del plazo máximo fijado por la Corte Suprema en la Casación N° 02-2008, esto es, del plazo máximo de 120 días naturales, como invoca y señala en los considerandos sexto y séptimo de dicha disposición.

Siendo ello así, habiendo también entendido la señora Fiscal Provincial, que estaba haciendo uso del plazo máximo permitido por el Código Procesal Penal, para las diligencias preliminares, fijó inicialmente el mismo en 30 días.

Asimismo, mediante Disposición N° 02-2011 de fecha 27.09.11, que en copia obra de folios 09 a 11 del presente cuaderno incidental, la misma Fiscalía, amplió el plazo de la referida investigación preliminar por el término de 90 días, a fin de cumplir con las diligencias dispuestas en la Disposición N° 01.

h) De todo lo cual se puede concluir, que habiéndose adecuado la investigación con fecha 15.08.11 mediante la citada Disposición N° 01, debe contarse el plazo de las diligencias preliminares desde dicha fecha, el mismo que no debe exceder del máximo de 120 días naturales, conforme a su naturaleza, habiendo considerado el Ministerio Público su complejidad, y habiéndose dispuesto inicialmente 30 días ampliados por 90 días más, tal plazo no excede el máximo señalado precedentemente, por lo que la resolución recurrida se encuentra arreglada a Ley y a los actuados.

Fundamentos por las cuales, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, **RESUELVE: CONFIRMAR** la resolución apelada número 2 de fecha 13 de octubre del año en curso, expedida por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria en audiencia de la misma fecha, que declara Infundado el Control de Plazo de diligencias preliminares solicitado por la defensa del imputado Jorge Ricardo Aparicio Mosselli, en la investigación que se le sigue al mismo y otros, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública- Negociación Incompatible y otros, en agravio del Estado; con lo demás que contiene; notificándose. Interviniendo los señores Jueces Superiores Norma Farfán Osorio y César Ignacio Magallanes Aymar, conforme a la Resolución Administrativa N° 847-2011-P-CSJLI/PJ publicada el 25.10.11, por licencia de los señores Jueces Superiores Susana Ynés Castañeda Otsu y Emérito Ramiro Salinas Siccha.

APELACIÓN DE AUTO:**59****TUTELA DE DERECHOS FRENTE AL COBRO DE TASAS PARA LA EXPEDICIÓN DE COPIAS SIMPLES DEL EXPEDIENTE FISCAL Y/O JUDICIAL**

"[...] El abogado del Servicio de Defensa Pública en audiencia sostiene que la decisión del Fiscal Provincial vulneró los derechos de defensa, a la igualdad, acceso y gratuidad de la justicia, por lo que recurrió en tutela al Juez de Investigación Preparatoria, en base al artículo 15° de la Ley N° 29360, Ley de Defensa Pública que establece que las acciones, demandas y recursos que presentan los defensores públicos están exentos de cualquier pago, tasa o arancel. Además, en base a lo resuelto en el expediente 2206-2002-PA/TC, que señala que es inconstitucional la exigencia del pago de tasas judiciales o cargas impositivas por expedición de copias certificadas de un expediente en un proceso penal".

"[...] Colegiado resolverá en vía de tutela si las copias simples o certificadas insertas en los expedientes fiscal y judicial deben expedirse en forma gratuita, sin distinción de la capacidad económica del imputado, en base al artículo 139° de la Constitución política del Estado".

"[...] Estando a lo anotado y en aplicación al principio de razonabilidad, al defensor público de un imputado que no cuente con recursos económicos debe otorgársele copias simples gratuitas del expediente fiscal y judicial, las que en atención al mencionado principio deben ser las necesarias para facilitar el ejercicio del derecho de defensa".

Base Legal: Const.: Art. 139.16°; NCPP: Arts. I, 84.7°, 134.2°, 138.1°, 419.2°, 497°, 498°, 499°, 500°, 501°, 504°, 507°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA PENAL DE APELACIONES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - LIMA**

EXPEDIENTE	: 00027-2011-1-1826-SP-PE-01
JUECES	: CASTAÑEDA OTSU, LIZARRAGA HOUGHTON, HERNÁNDEZ ESPINOZA
MINISTERIO PÚBLICO	: PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
ACUSADO	: GUTIERREZ VERA, LUIS FERNANDO
AGRAVIADO	: ESTADO
ASIST. JURISDICCIONAL	: CORONADO ZEGARRA, SUSAN K
DELITO	: COLUSIÓN

Resolución N° Tres**Miraflores, diecinueve de mayo****Del año dos mil once**

Autos y oídos, con la resolución N° 03, de fecha 20 de abril de 2011, emitida por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima, Magistrada Erla Liliana Hayakawa Riojas, en mérito a la apelación formulada por el señor Fiscal Provincial Penal del Tercer despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, actuando en audiencia como Directora de Debates la Magistrada Susana Castañeda Otsu; y Atendiendo:

Motivación de la resolución impugnada

Primero.- Es materia de apelación la resolución antes indicada que resuelve declarar Fundado el pedido formulado por el defensor público Juan Carlos Cabrera Zegovia, abogado del imputado Luis Fernando Gutiérrez Vera respecto a la expedición gratuita de copias por parte del Ministerio Público sin pago de tasa judicial alguna. Resolución que en vía de integración se aparta del pronunciamiento emitido en la tutela de derechos N° 10-2011, en la cual declaró infundado el pedido de gratuidad de copias a favor de un imputado.

La señora Juez, al emitir pronunciamiento se basa en el artículo 139° de la Constitución Política que establece el principio a la gratuidad de la Administración de Justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y para todos aquellos casos en que la Ley señala, en concordancia con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal (en adelante CPP) que prescribe que la justicia penal es gratuita. Asimismo, en la sentencia recaída en el expediente N° 2906-2002-AA/TC que establece que en aquellos supuestos en los que por propio derecho se solicita la expedición de copias certificadas de un expediente tramitado en la vía penal, resulta inconstitucional la exigencia de tasas judiciales o cargas impositivas de algún tipo. Sentencia que según su criterio se ha establecido el contenido esencial de la gratuidad.

Además, considera que si bien el artículo 134° del CPP establece que la Fiscalía de la Nación puede emitir resoluciones, al emitir la Resolución N° 1509-2007 por la cual se establece en el TUPA el cobro de 00.6 de la UIT por copia simple, de conformidad con la Ley N° 27444 no resulta de aplicación ya que el TUPA rige para los procedimientos administrativos en sede del Ministerio Público, independientemente de la labor efectuada como titular del ejercicio público de la acción penal. En el sentido, la disposición del 7 de abril de 2011 emitida por el Fiscal Provincial y que deniega la expedición de copias simples gratuitas forma parte del proceso común.

Concluye, que si bien el artículo 138°.1 CPP tan solo hace mención a la expedición de copias y el artículo 84.7 del mismo texto también se refiere a la expedición de las mismas dentro de los pedidos que pueda efectuar la defensa técnica, estas copias deben ser gratuitas al amparo del artículo 139° de la Constitución y lineamientos de la sentencia del TC ya indicados, por lo que las copias certificadas deben darse en forma gratuita en un proceso penal, sin distinción que se trate de un imputado de escasos recursos económicos, ya que la disposición constitucional tan solo hace mención a la Ley correspondiente.

Agravios del Ministerio Público

Segundo.- Del contenido del recurso de Impugnación y los agravios de la señora Fiscal Superior de la Primera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, sustentados en audiencia sus agravios se basan en lo siguiente:

El abogado de la Defensoría Pública efectúa una interpretación literal del artículo 139°.16 de la Constitución Política y el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Que la gratuidad es para las personas de escasos recursos y el artículo 134°.2 del Código Procesal Penal, faculta al Fiscal de la Nación reglamentar lo relacionado a la carpeta fiscal que es de carácter procesal.

El Ministerio Público no ha afectado el contenido esencial del derecho al acceso a la justicia, pues a la defensa en ningún momento se ha negado el acceso a la carpeta fiscal o se le ha exigido el pago de tasa alguna para el ejercicio de su defensa.

Tampoco se ha afectado el derecho de defensa en su dimensión formal, toda vez que a la defensa del imputado Gutiérrez Vera se le ha otorgado amplias facilidades, sin que se haya producido indefensión grave. Además, se ha acreditado que el mencionado imputado no es insolvente, ya que en su declaración ha referido que gana más de cinco mil nuevos soles (S/ 5.000), por lo que el pago de las copias establecidos en el TUPA no le afecta, por el contrario el no pago de las copias que es mínimo, atenta contra el presupuesto y distrae el escaso recurso del personal con que cuenta la Fiscalía.

Finaliza solicitando se declare nula la resolución emitida por la señora Juez, por contener una motivación aparente, pues se solicita copias simples y la resolución hace mención a copias certificadas. Se basa en el artículo 419°.2 del Código Procesal Penal y en lo resuelto en el Expediente 728-2008- PHC/TC.

Argumentos de la defensa del imputado

Tercero.- El abogado del Servicio de Defensa Pública en audiencia sostiene que la decisión del Fiscal Provincial vulneró los derechos de defensa, a la igualdad, acceso y gratuidad de la justicia, por lo que recurrió en tutela al Juez de Investigación Preparatoria, en base al artículo 15° de la Ley N° 29360, Ley de Defensa Pública que establece que las acciones, demandas y recursos que presentan los defensores públicos están exentos de cualquier pago, tasa o arancel. Además, en base a lo resuelto en el expediente 2206-2002-PA/TC, que señala que es inconstitucional la exigencia del pago de tasas judiciales o cargas impositivas por expedición de copias certificadas de un expediente en un proceso penal.

Agrega que ha solicitado determinadas copias de la carpeta fiscal, que de un aproximados de mil folios (1000) ha pedido menos del diez por ciento (10%), de lo estrictamente necesario para el ejercicio de defensa, conforme al artículo 138.1 del CPP. Que el artículo 24° d) de la Ley orgánica del Poder Judicial dispone la gratuidad de la administración de justicia para las personas de escasos recursos económicos, y para todos los casos expresamente previstos por ley, encontrándose exonerados del pago de tasas judiciales los procesos penales.

Finaliza sosteniendo que en el TUPA del Poder Judicial no se precisa un cobro por copias simples solo por co-

pías certificadas y que no se ha acreditado la solvencia de su patrocinado Luís Fernando Gutiérrez Vera, pues la partida registral que acompaña el Ministerio Público no acredita la titularidad de ningún bien, el vehículo que posee es antiguo y tiene una hija menor de edad que se encuentra delicada de salud e hijos estudiando.

Fundamentos del Colegiado

Cuarto.- Teniendo en cuenta, los argumentos de la resolución impugnada, agravios de la señora Fiscal Superior Lourdes Bernardita Téllez Pérez y argumentos del Defensor Público Juan Carlos Cabrera Zegovia, el Colegiado resolverá en vía de tutela si las copias simples o certificadas insertas en los expedientes fiscal y judicial deben expedirse en forma gratuita, sin distinción de la capacidad económica del imputado, en base al artículo 139° de la Constitución Política del Estado que tan solo hace mención “conforme a la Ley correspondiente” y los lineamientos del Tribunal Constitucional establecidos en el expediente 2906-2002-AA/TC, conforme a lo resuelto por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria.

Quinto.- El numeral 16 del artículo 139° de la Constitución Política establece: “El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”. De este modo la Constitución consagra un derecho de alcance general a favor (en principio) de todas las personas de escasos recursos, que comprende dos aspectos: poder litigar sin tener que adelantar lo que técnicamente se llaman costas; y contar con un abogado patrocinante gratuito.¹ Gratuidad que podría comprender a todos los que intervienen en un proceso si las leyes de desarrollo constitucional así lo establecen.

Regulación distinta de otros ordenamientos constitucionales, como el caso de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo artículo 17 prescribe que el servicio de administración de justicia será gratuito, “quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales” (énfasis nuestro).

Sexto.- El Tribunal Constitucional al interpretar la disposición constitucional antes mencionada, en un proceso de inconstitucionalidad ha establecido que en el ámbito judicial ese mandato se traduce en asegurar, a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito.² (énfasis nuestro).

Interpretación acorde con lo estipulado por el artículo 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual toda persona acusada por delito tiene entre otros derechos, el que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Sétimo.- Para facilitar el acceso de las personas de escasos recursos a la asesoría jurídica se ha optado por diversos modelos, uno de ellos consiste en eximir al litigante no pudiente de las costas judiciales cuando éstas existen; mientras que otro más acorde con los principios del Estado benefactor, instituye un cuerpo de asesores jurídicos contratados y pagados por el propio Estado, o bien se crea un fondo a través del cual se pagan los servicios de abogados particulares.³

En nuestro caso, se ha optado por el segundo sistema, ya que mediante Ley N° 29360- Ley del Servicio de Defensa Pública, se ha establecido en el artículo 5° como una de las principales funciones de este servicio “Brindar asesoría y defensa gratuita a quienes no cuenten con recursos para contratar una defensa privada”. Criterio que reitera en los artículos 14° y 15°.⁴

Octavo.- El artículo I del Título Preliminar del CPP, consagra que la justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. En los artículos 497° al 507° del mencionado texto se regula lo que se denominan las costas, estableciendo que serán impuestas al imputado cuando sea declarado culpable, estipulándose que el proceso abarca, entre otros etapas, las actuaciones de la investigación preparatoria. Se establece también la exoneración de la imposición de costas a quien obtiene auxilio judicial.

En una interpretación sistemática de las disposiciones de orden interno e internacional anotadas con lo dispuesto en el artículo 139°.16 de la Constitución Política, si se imponen costas, no puede concluirse que el

¹ Ariao Deho, Eugenia. Artículo 139 Gratuidad en la Administración de justicia. En el Colectivo: La Constitución Comentada-Análisis artículo por artículo, Director Walter Gutiérrez, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, págs. 592 a 595

² Exp. N° 0048-2004-PJ/TC

³ FIX FIERRO, Héctor. Comentario del artículo 17. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, vigésima edición, Coordinador Miguel Carbonell, Tomo I, Editorial Porrúa y Uniu. Nacional Autónoma de México, México, 2009, pág. 360.

⁴ Ley que resulta aplicable por ser posterior al artículo 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial

imputado tiene un derecho sin ningún tipo de restricción a la gratuidad del proceso penal, porque los gastos que demande el proceso serán asumidos por el imputado declarado culpable, salvo que obtenga el auxilio judicial (artículo 499.2 CPP) ⁵.

Motivos por los cuales, compartimos la opinión del Ministerio Público que la gratuidad del proceso penal es para las personas de escasos recursos, y no como lo sostiene la resolución impugnada. Precizando además que el Tribunal Constitucional no ha tenido un criterio uniforme respecto a la resolución recaída en el Exp. 2906-2002-AA/TC del 19 de diciembre de 2003, conforme se advierte del contenido de la sentencia recaída en el Exp. 3327-2004-HC/TC del 17 de diciembre de 2004.

Noueno.- Estando a lo anotado y en aplicación al principio de razonabilidad, al defensor público de un imputado que no cuente con recursos económicos debe otorgársele copias simples gratuitas del expediente fiscal y judicial, las que en atención al mencionado principio deben ser las necesarias para facilitar el ejercicio del derecho de defensa, como en el caso de autos en que el defensor público afirma haber solicitado las copias estrictamente necesarias, un diez por ciento del total. Además, el abogado tiene libre acceso a los actuados sin más limitaciones que la Ley establece conforme lo dispone el artículo 84.7 CPP.

Décimo.- En el caso de autos, si bien el Ministerio Público se sustenta en que el imputado Gutiérrez Vera, en su declaración prestada en la Fiscalía Provincial manifiesta que es médico cirujano y recibe una pensión en su condición de Coronel en retiro, superior a los cinco mil nuevos soles, consideramos que el Servicio de Defensa Pública ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 16° de la Ley N° 29360, y además se cuenta con el mecanismo de la pérdida del beneficio de gratuidad. Además, el Colegiado tiene en cuenta que según el Convenio Europeo de Derechos Humanos se exige dos parámetros para que se tenga derecho a la concesión de letrado de oficio gratuito. La falta de medios para litigar y que así lo exija el interés de la justicia. En relación al primer criterio la Corte Europea ha establecido que se determina ante la probada ausencia de medios económicos que ha de observarse en cada caso en concreto, pero partiendo que no se presume la existencia de medios para litigar. ⁶

Décimo Primero.- Finalmente, en un proceso de control concreto, el Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 139.16 de la Constitución Política concluye que el mencionado principio "indica" que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Por tanto, se trata de un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias. ⁷

Lo resuelto tiene conexión con el hecho notorio de que el Código Procesal Penal no ha sido implementado de modo total en el país sino de modo progresivo precisamente por motivos presupuestarios. Por tal motivo, el último párrafo del artículo 134.2 CPP prescribe: El Fiscal de la Nación: (...) Podrá disponer la utilización de los sistemas tecnológicos que se consideren necesarios para el registro, archivo, copia, transcripción y seguridad del expediente.

Tratándose de una disposición de carácter programático, una vez implementado los sistemas tecnológicos, el Ministerio Público estará en condiciones de facilitar la expedición de copias gratuitas a los demás sujetos procesales, previa aportación de los dispositivos de almacenamiento (memoria USB, CD, DVD y disco duro externo), materializando en este extremo el principio establecido en el artículo I del Título Preliminar CPP, según el cual "Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia"

Decisión:

Por estos fundamentos, las señoras magistradas de la Sala Penal de Apelaciones resuelven: **CONFIRMAR** la resolución N° 03, emitida en audiencia del 20 de abril de 2011, por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima, Magistrada Erla Liliana Hayakawa Riojas, que declara fundado el pedido por parte de la defensa técnica para la expedición gratuita de copias por parte del Ministerio Público sin pago de tasa alguna. **Notifíquese y devuélvase.**

⁵ Según el artículo 179° e CPC.- Se concederá auxilio judicial a las personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes ellas dependan.

⁶ Caso Pakelli, sentencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos 25 de abril de 1983

⁷ Exp. N° 03189-2008-PA/TC

60

APELACIÓN DE AUTO: LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES INTERRUPTEN EL PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL

"[...] Que el Ministerio Público mediante Disposición N° 02-2011 formalizó investigación preparatoria cuando habían 10 años, 9 meses y 20 días contados a partir de la fecha en que cesó en el cargo, cuando la acción penal ya estaba prescrita".

"[...] Por su parte el Ministerio Público considera que al 02 de agosto de 2011, fecha en que se emitió la disposición de formalización de investigación preparatoria, el plazo ordinario no había vencido, porque se interrumpió en agosto de 2003 con las actuaciones de la Fiscalía de la Nación y es a partir de este año que se reinicia un nuevo cómputo prescriptorio. Posición que comparte el Juez de la Investigación Preparatoria, al sustentar que las actuaciones preliminares de la Fiscalía de la Nación interrumpieron el plazo de prescripción ordinario".

"[...] Si el fundamento material de la prescripción se sustenta en los principios de seguridad jurídica, y necesidades preventivo general y preventivo especial de la pena, es correcto concluir que los actos de postulación interna formalmente dirigidos contra personas individualizadas tienen la virtualidad de interrumpir el plazo de la prescripción ordinaria".

"[...] La prescripción ordinaria se interrumpió con las actuaciones de la Fiscalía de la Nación en el año 2003, conforme lo establece el artículo 83 del Código Penal. Es a partir de dicha fecha que se reinicia un nuevo cómputo prescriptorio que culminaría en el 2013".

Base Legal: Const: Art. 1º, CP: Arts. 78.1º, 80º, 81º, 83º, 401º; NCPP: Arts. 6.1.e, 330º, 331.1º, 334.2º, 339º, 339.1º, 343.2º

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SALA PENAL DE APELACIONES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - LIMA

EXPEDIENTE	: 00091-2011-2-1826-JR-PE-01
JUECES	: CASTAÑEDA OTSU, SALINAS SICCHA, MAITA DORREGARAY
ACUSADO	: NUÑEZ BARRIGA, CARLOS FÉLIX
AGRAVIADO	: ESTADO
ASISTENTE JURISD.	: CORONADO ZEGARRA, SUSAN K.
DELITO	: ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Resolución N° Tres Lima, cinco de octubre Del año dos mil once

AUTOS Y OIDOS: Con la apelación formulada contra la resolución N° 05 de fecha 18 de agosto de 2011, actuando como ponente la señorita Juez Superior Susana Ynes Castañeda Otsu; y **ATENDIENDO:**

Materia del recurso de apelación

PRIMERO: Es materia del recurso de apelación, la resolución N° 05 emitida el 18 de agosto de 2011 por el magistrado Carlos Daniel Morales Córdova, Juez del Primer Juggado de Investigación Preparatoria, quien declaró Infundada la excepción de prescripción deducida por la defensa del imputado Carlos Félix Núñez Barriga, en la investigación preparatoria que se le sigue como presunto autor de la comisión del delito contra la Administración Pública- Enriquecimiento ilícito, en agravo del Estado.

Agravios de la defensa técnica.

SEGUNDO: Los agravios formulados por la defensa del imputado Núñez Barriga, formalizados en su recurso de apelación, ratificados y debatidos en audiencia, se centran en lo siguiente:

a) A su patrocinado se le imputa que en su condición de director ejecutivo del Sistema Nacional de Mantenimiento de Carreteras y Vice Ministro de Transportes, en el período del 21 de enero de 1998 hasta el 13 de octubre de 2000, se habría enriquecido ilícitamente. Que el Ministerio Público mediante Disposición N° 02-2011 formalizó investigación preparatoria cuando habían 10 años, 9 meses y 20 días contados a partir de la fecha en que cesó en el cargo, cuando la acción penal ya estaba prescrita.

b) La resolución impugnada se basa en el artículo 339 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), que

dispone la suspensión de la prescripción una vez formalizada la investigación preparatoria, debiendo considerarse que esta norma ha sido importada de la legislación procesal penal chilena, que no diferencia la prescripción ordinaria de la extraordinaria.

c) La interpretación de la suspensión de la prescripción conforme al Acuerdo Plenario N° 01-2010, es inconstitucional pues vulnera derechos fundamentales. Acoger tal interpretación es entender que la suspensión es ad infinitum y se causaría indefensión. Por tal motivo, la Sala al amparo del artículo 22 de la LOPJ, debe apartarse de los criterios erróneamente expuestos y seguir los lineamientos de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de acuerdo a los principios pro homine y pro libertatis desarrollados por el Tribunal Constitucional.

d) A su criterio el término “suspensión” del artículo 339.1° del CPP debe ser interpretado como “interrupción” de la prescripción, conforme al artículo 83° del Código Penal, por cuanto contraviene el artículo 1 de la Constitución.

e) Como la investigación preliminar ha durado más de 10 años, y su patrocinado no incurrió en maniobras dilatorias solicita se traslade este plazo para el cómputo de la prescripción. Y si bien han solicitado que se actúen pericias antes de iniciar el proceso, quieren sanearlo con la excepción deducida.

Posición del Ministerio Público

TERCERO: La señora Fiscal Superior al contestar los agravios en el debate, sustenta lo siguiente:

a) Los fundamentos de la defensa respecto a la interpretación de la suspensión del plazo de prescripción previsto en el artículo 339.1 del CPP son admisibles como argumentos doctrinarios; sin embargo debe considerarse la interpretación efectuada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 01-2010.

b) La prescripción ordinaria se interrumpió con las actuaciones de la Fiscalía de la Nación en el año 2003, conforme lo establece el artículo 83 del Código Penal. Es a partir de dicha fecha que se reinicia un nuevo cómputo prescriptorio que culminaría en el 2013.

c) La formalización de la investigación preparatoria data del 02 de agosto de 2011, fecha a partir de la cual opera la suspensión de los plazos prescriptorios, conforme lo dispone el artículo 339.1° del CPP y el Acuerdo Plenario mencionado. Por tanto es errónea la interpretación de la defensa en relación a los institutos de la interrupción y suspensión. Que no es cierto que la persecución penal se va a suspender ad infinitum, ya que el artículo 343° del mencionado código establece la figura del control de plazo de la investigación ante la vulneración del derecho a ser investigado en un plazo razonable.

Posición de la Defensa del Estado

CUARTO: El Procurador Público, sostiene que resulta irrelevante la discusión de la suspensión o interrupción de la prescripción, por cuanto el delito de Enriquecimiento ilícito atribuido al imputado Núñez Barriga, es un delito especial propio, considerado por la jurisprudencia peruana como un delito contra el patrimonio del Estado. En consecuencia resulta de aplicación la duplicidad del plazo de prescripción prevista en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal y como este delito tiene una pena máxima de 10 años y el imputado cesó en el cargo en el año 2000, hasta la fecha no ha vencido el plazo de prescripción.

Fundamentos de la resolución impugnada

QUINTO: El señor Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, declaró infundada la excepción de prescripción, argumentando en lo que es relevante lo siguiente:

i) La defensa solicita que se aparte del Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, en base a los criterios establecidos por la Sala Penal de Apelaciones de Huaura, establecidos en la sentencia del expediente 00592-2008-49-1302-JR-PE-01, la que señala una aparente contradicción entre “suspensión” e interrupción” de la prescripción y la necesidad de aplicar una interpretación más favorable al imputado.

ii) El mencionado acuerdo en el fundamento 27 ha delimitado en forma clara y debida la aparente contradicción, más aún si los efectos de la “suspensión sui generis” son los de otorgar más tiempo para que la

autoridad persiga el delito sin afectación del debido proceso, al estar inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes.

iii) Conforme a los lineamientos del referido acuerdo, debe verificarse si a la fecha de formalización de la investigación preparatoria se habían vencido los plazos ordinario y extraordinario de la prescripción, a fin de que no sea perjudicado el excepcionante con la suspensión de la prescripción a partir de la formalización de la investigación preparatoria.

iu) En el caso de autos, resulta de aplicación el plazo extraordinario de la prescripción del delito de Enriquecimiento ilícito, por cuanto las actuaciones preliminares de la Fiscalía de la Nación se iniciaron el 18 de setiembre de 2003, las que interrumpieron el plazo de prescripción ordinario y generaron la formalización y continuación de la investigación preparatoria el 02 de agosto de 2011.

Fundamentos del Colegiado para resolver

SEXTO: Expuestos los argumentos de las partes y de la resolución impugnada, se advierte que la defensa tiene como planteamiento central que la acción penal se encontraba prescrita al 02 de agosto de 2011 cuando se emitió la disposición de formalización de la investigación preparatoria, ya que los hechos imputados tienen como fecha máxima el 13 de octubre de 2000.

Por su parte el Ministerio Público considera que al 02 de agosto de 2011, fecha en que se emitió la disposición de formalización de investigación preparatoria, el plazo ordinario no había vencido, porque se interrumpió en agosto de 2003 con las actuaciones de la Fiscalía de la Nación y es a partir de este año que se reinicia un nuevo cómputo prescriptorio. Posición que comparte el Juez de la Investigación Preparatoria, al sustentar que las actuaciones preliminares de la Fiscalía de la Nación interrumpieron el plazo de prescripción ordinario.

Por tal motivo el problema planteado consiste en determinar si el 02 de agosto de 2011, fecha en que se emitió la disposición de formalización de la investigación preparatoria el plazo de prescripción de la acción penal por el delito de enriquecimiento ilícito ya habría prescrito, o si los actos de la investigación preliminar iniciados el 18 de setiembre de 2003 por la señora Fiscal de la Nación interrumpieron el referido plazo.

SÉTIMO: Conforme ha establecido el Tribunal Constitucional, la prescripción es una institución jurídica que desde la óptica penal constituye una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al ius puniendi, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella¹. Pronunciamientos emitidos al resolver diversos hábeas corpus, fijando como criterio jurisprudencial que la prescripción tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso.

OCTAVO: En el Acuerdo 01-2010/CJ-116,² la prescripción se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la ley sustantiva para el delito incriminado –pena abstracta. Esta es la razón, por la cual en varios ordenamientos por regla general la prescripción de la acción equivale aproximadamente, al máximo de la pena prevista, antes de su aplicación, y a la pena exacta dictada si ya hay una condena firme.³

NOVENO: Nuestro ordenamiento penal en el artículo 78.1º del Código Penal, artículo 5 del Código de Procedimientos Penales 1940 y artículo 6.1.e) del CPP, consagra la excepción de prescripción como un medio de extinción de la acción penal, que en caso de ser amparada según el artículo 139.13º de nuestra Constitución produce los efectos de cosa juzgada.

Para el cómputo de los plazos ordinario y extraordinario de la prescripción, el Código sustantivo en el artículo 80 tiene en cuenta diversos factores: naturaleza del delito (instantáneo, permanente o continuado);

1 Sentencias de los Exp. N°1805-2005-HC/TC, 6063-2006-HC/TC, 9291-2006-PHC/TC, 2466-2006-PHC/TC y 0616-2008-HC/TC, entre otros. Criterio que ha reiterado recientemente como es de verse de la sentencia del Exp. N° 2407-2011-PHC/TC, del 10 de agosto de 2011.

2 Del 16 de noviembre de 2010, emitido por los señores Jueces de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la República.

3 Es correcto afirmar que lo que se extingue por prescripción es la pretensión penal, como el poder de perseguir ante los tribunales de justicia el castigo de los responsables de un delito. La acción penal opera su extinción por el mero transcurso del tiempo en las condiciones determinadas por la ley, liberando de sanción al autor sin hacer desaparecer la ilicitud penal del acto que originó. Al extinguir la potestad represiva sustantiva, produce efectos sobre la persecución y el proceso, impidiendo, en todo caso, un pronunciamiento sobre el fondo de la imputación penal. Cfr. LA ROSA, MARIANO R. La prescripción en el derecho penal. ASTREA, Buenos Aires, 2008, págs. 29-30.

concurso de delitos (ideal o real) o si se ha afectado el patrimonio del Estado. El artículo 81° introduce el factor cronológico (responsabilidad restringida) en cuyo caso los plazos de prescripción se reducen a la mitad.

DÉCIMO: El Código penal regula los plazos de la prescripción ordinaria y extraordinaria. En la primera, por regla general la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de la libertad. En la segunda, se estipula que la acción penal prescribe en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Cómputo de los plazos que tiene relación además, con la suspensión e interrupción de la prescripción ⁴. Por otro lado, frente al caso de pluralidad de agentes, el artículo 88 del Código Penal dispone que los plazos de prescripción deben ser computados de forma individual.

DÉCIMO PRIMERO: En cuanto a la interrupción de la acción penal, el artículo 83° del Código sustantivo estipula que se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales y por la comisión de un nuevo delito doloso.

Según el Derecho Comparado se reconocen tres modelos de regulación de los actos que interrumpen la prescripción. El primero, según el cual el legislador determina de modo taxativo cuáles son los actos que interrumpen la prescripción. Es el caso, por ejemplo, del artículo 86° del Código Penal de Colombia ⁵, al que alude la defensa del imputado Núñez Barriga.

El segundo modelo no enuncia el listado de actos que interrumpen la prescripción, se deja al juzgador que al momento de resolver una excepción de prescripción lleve a cabo la interpretación y determine cuáles son aquellos actos que tengan la virtualidad de interrumpirla. Es el caso por ejemplo del artículo 132.2° del Código Penal español ⁶ y el que regula el artículo 83° de nuestro Código Penal.

Un tercer modelo lo representan aquellas legislaciones que si bien no enuncian de modo específico los actos que interrumpen la prescripción, emplean una serie de garantías que cumplen una finalidad equivalente, como es el caso de que el acto sea formalmente notificado al imputado.

DÉCIMO SEGUNDO: En relación a lo planteado, consideramos que la expresión literal “actuaciones del Ministerio Público” que interrumpen el plazo de la prescripción según el artículo 83° del Código Penal, tiene los siguientes sentidos interpretativos.

Primer sentido interpretativo.- Siguiendo el método literal, cualquier acto puede interrumpir la prescripción, por ejemplo la presentación y recepción de una denuncia de parte, el registro de la misma, una resolución fiscal que abre investigación preliminar contra los que resulten responsables (modelo en liquidación) o una disposición que dispone diligencias preliminares contra los que resulten responsables (actual modelo). En estos casos, estimamos que las actuaciones del Ministerio Público no tienen relevancia alguna al carecer de virtualidad interruptora del plazo de la prescripción.

Segundo sentido interpretativo.- Atendiendo a las funciones constitucionales otorgadas al Ministerio Público como titular de la acción penal y de la carga de la prueba, los actos de postulación interna contra una persona individualizada y cuyos derechos son garantizados en la investigación preliminar (modelo en liquidación) o en las diligencias preliminares (actual modelo), tienen la virtualidad de interrumpir el plazo de la prescripción.

En efecto, en nuestro sistema conocida una noticia criminal, el Ministerio Público de oficio o a pedido de parte, inicia los actos de investigación con la finalidad de obtener los elementos de convicción que le permitan decidir el ejercicio o no de la acción penal.

Tercer sentido interpretativo.- Los actos del Ministerio Público que tiene eficacia interruptora del plazo de la prescripción, son los actos de postulación externa de cargos, con los cuales el Ministerio Público ejercita la

⁴ Conforme al artículo 84 del Código Penal, se regula la suspensión de la prescripción del modo siguiente: “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”.

⁵ Artículo 86 del Código Penal.- La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco años (5) años, ni superior a diez (10).

⁶ Artículo 132.2.- La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

titularidad de la acción penal.⁷

Según esta interpretación, interrumpiría el plazo de la prescripción ordinaria, la formalización de la denuncia fiscal (modelo en liquidación) o la disposición de la formalización de la investigación preparatoria o la acusación (modelo actual), porque es a partir de este momento que el imputado conoce de modo específico los hechos imputados y la subsunción de los mismos en un tipo penal específico o alternativo.

DÉCIMO TERCERO: De los tres sentidos interpretativos que el Colegiado ha extraído de la expresión “actuaciones de Ministerio Público”, consideramos que el segundo es compatible con una interpretación sistemática del ordenamiento, en base a lo siguiente:

13.1. Si el fundamento material de la prescripción se sustenta en los principios de seguridad jurídica, y necesidades preventivo general y preventivo especial de la pena, es correcto concluir que los actos de postulación interna formalmente dirigidos contra personas individualizadas tienen la virtualidad de interrumpir el plazo de la prescripción ordinaria.

13.2. Constituye un deber constitucional atribuido al Ministerio Público, perseguir el delito, pues la sociedad no puede verse perjudicada por una actitud no compatible con los roles que constitucionalmente se le ha asignado, y para ello precisa de actos de investigación, que de modo racional debe actuar por sí o por intermedio de la Policía Nacional, en una investigación preliminar o en las diligencias preliminares que establece el artículo 330° del CPP.

13.3. En dichos actos de investigación, dirigidos contra personas individualizadas, deben garantizarse los derechos de los imputados, por la exigencia del respecto de las garantías procesales establecidas en los artículos 2.24° y 139° de la Constitución Política.

13.4. La afectación del derecho al plazo razonable de la investigación preliminar (modelo en liquidación) tiene al hábeas corpus como el mecanismo específico de protección, según la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En el nuevo modelo, el mecanismo de protección lo constituye la audiencia de control de plazo de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria, conforme a los artículos 334.2° y 343.2 del CPP. Por tal motivo, la excepción de prescripción no es el mecanismo para garantizar este derecho.

DÉCIMO CUARTO: Estando a lo anotado, en relación al caso concreto se advierte los siguientes actos del Ministerio Público:

i) El 18 de setiembre de 2003, la señora Fiscal de la Nación Nelly Calderón Navarro, en base al artículo 41° de la Constitución Política⁸, abrió investigación preliminar contra el imputado Carlos Félix Núñez Barriga, por el delito de Enriquecimiento ilícito en agravio del Estado. Dispuso entre otras diligencias la declaración del investigado, el levantamiento del secreto bancario, la reserva tributaria y bursátil de éste y su familia, a fin de recabar la información pertinente.

ii) Por resolución del 06 de diciembre de 2004, amplió el levantamiento del secreto bancario y reserva tributaria a sus familiares, cuyos nombres se precisan; además de otras diligencias en relación a ellos.

iii) Mediante resolución del 03 de mayo de 2006 se consigna que revisado el informe financiero emitido por los analistas de la Fiscalía de la Nación, los movimientos bancarios realizados a través del Banco de Crédito por dos hijos del investigado no guardarían congruencia con sus ingresos percibidos, en los periodos 2003 y 2004, por lo que amplió la investigación preliminar respecto de ellos.

iu) El 10 de diciembre de 2010, la señora Fiscal de la Nación Gladys Echaíz Ramos formuló cargos contra el investigado en calidad de autor del delito mencionado, instruyendo al Fiscal Penal de Turno de Lima para que formalice la correspondiente denuncia penal, al considerar que las actuaciones preliminares de investigación han permitido recabar indicios del delito referido, al evidenciarse un desbalance patrimonial

⁷ Al respecto, José Luis Castillo Alva, al formularse la pregunta ¿En qué casos el Ministerio Público debe tomar en cuenta la prescripción de la acción penal?, señala dos momentos: el primero, cuando sostiene la imputación estando en curso el proceso penal; y un segundo momento - en un sentido amplio- al sostener la imputación en el que exista una investigación preliminar abierta y se realicen una serie de diligencias o se ordenan practicarlas; es decir, la existencia de la investigación preliminar ya supone sostener la imputación. Pero la objeción que recibe este punto de vista es que en la investigación preliminar todavía no se decide el ejercicio de la acción penal y más bien la serie de recaudos que se practican se dirigen justamente a determinar si hay indicios suficientes o no de la comisión de un hecho delictivo para ejercitar o no la acción penal. CASTILLO ALVA, José Luis: “La prescripción de la persecución penal”. EN: Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional. CASTANEDA OTSU, Susana (Directora), GRIJLEY, Lima, 2010, pág. 691.

⁸ Artículo 41 2do párrafo: “Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial”.

acreditado ascendente a 634,522.00 nuevos soles. Denuncia que fue devuelta por el Fiscal Provincial de la 1ra Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de corrupción de Funcionarios, según resolución del 24 febrero de 2011.

u) El 18 de marzo de 2011, la señora Fiscal de la Nación devuelve la investigación preliminar a la Fiscalía referida a efectos de que la adecue a las disposiciones de Código Procesal Penal, y proceda a formalizar y continuar la investigación preliminar.

vi) A través de la disposición del 02 de agosto de 2011, se formalizó la investigación preparatoria.

Estando a lo detallado y a lo expuesto en los fundamentos Décimo segundo al Décimo cuarto, con la resolución del 18 de setiembre de 2003 emitida por la señora Fiscal de la Nación, se interrumpió el plazo de la prescripción ordinaria conforme al artículo 83° del Código Penal. Por tanto, cuando se emitió la disposición de formalización de la investigación preparatoria, la acción penal estaba vigente.

DECIMO QUINTO: Como ya se ha indicado, la defensa del imputado Núñez Barriga solicita que este Colegiado se aparte de la interpretación realizada por los señores Jueces de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 01-2010/CJ-116 y que se interprete el artículo 339.1° del CPP en el sentido que el término “suspensión” corresponde a “interrupción”, para de este modo considerar que el plazo ordinario de prescripción se interrumpió con la formalización de la investigación preparatoria, esto es, cuando la acción penal a su criterio estaba prescrita⁹. Solicita se tenga en cuenta lo resuelto por los señores Jueces Superiores de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, en la sentencia ya mencionada en el fundamento Quinto de la presente resolución.

En relación a lo solicitado, este Colegiado ha optado por el segundo sentido interpretativo en relación a lo que se entiende por actos del Ministerio Público que interrumpen la prescripción (fundamentos Décimo segundo y Décimo tercero); por lo que en este caso específico, cuando se emitió la disposición de formalización de la investigación preparatoria, la acción penal estaba vigente y sigue vigente conforme al artículo 83 del Código Penal.

Por tal motivo, en este caso no resulta relevante interpretar el artículo 339.1° del CPP¹⁰. No obstante, de presentarse el caso, el Colegiado adoptará la decisión que corresponda.

DÉCIMO SEXTO: En cuanto a lo resuelto en la sentencia de la Sala de Apelaciones de Huaura, advertimos que se trata de un caso de lesiones leves (cuya pena máxima es de 2 años de pena privativa de la libertad y 60 a 150 días-multa) en el cual la disposición de formalización de investigación preparatoria tiene fecha 10 de julio de 2008, y se dispuso el sobreseimiento y la nulidad de tres juicios orales, habiéndose convocado para audiencia de apelación de sentencia el 21 de marzo de 2011, cuando había transcurrido más de 3 años. En el fundamento 4.7 se sostiene que se trata de un caso en que las dilaciones se han producido no en la etapa de investigación sino en las etapas intermedias y de juicio oral, dilaciones que no son imputables al procesado, optando los magistrados superiores de la indicada Sala por interpretar que el término “suspensión” del artículo 339.1 del CPP debe ser entendido como “interrupción”. Además, sostienen que la realidad les permite determinar que no se están cumpliendo los plazos y el derecho de una persona a ser juzgado en un plazo razonable, declarando fundada la excepción de prescripción.

Como se advierte en este caso si era relevante interpretar el artículo 339.1 del CPP.

DÉCIMO SÉTIMO: Finalmente, la defensa del imputado Núñez Barriga solicita que se traslade el plazo de la investigación preliminar que ha durado más de 10 años, para el cómputo de la prescripción, considerando que su patrocinado no incurrió en maniobras dilatorias.

Al respecto, Daniel Pastor analizando las diversas posturas, sostiene que se debe tener en cuenta que la relación entre prescripción y plazo razonable de duración del proceso es ante todo causal y no lógica ni jurídica. Se trata de plazos independientes advirtiéndose que en los casos concretos, un proceso puede alcanzar su plazo razonable sin que la prescripción se haya producido todavía y ésta puede operar en otro, en el que, sin embargo, aun no se hubiera llegado al límite de su duración razonable. Que en el derecho positivo se en-

⁹ En cuanto a lo planteado y posiciones expuestas en relación a la interpretación del artículo 339.1 del CPP, Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. “La prescripción en el Código Procesal penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?. En: Gaceta Penal, N° 23, mayo de 2011, págs. 221 a 231.

¹⁰ Artículo 339.1 del CPP: La formalización de la investigación preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal”. Disposición que ha sido interpretada por los señores Jueces de la Salas Penales de la Corte Suprema a través del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

cuentran casos en los cuales la prescripción impone un plazo razonable a la duración total del proceso; sin embargo, esta coincidencia no es más que aleatoria y la prescripción no ofrece garantía alguna al satisfacer efectivamente y en todos los casos el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, por diversas razones. En primer lugar, la razonabilidad de los plazos de prescripción no coincide (no tiene porque coincidir) con la de los plazos de duración del proceso. En segundo lugar, existen otras circunstancias que le impiden a la prescripción penal jugar el rol de ser, también, el plazo razonable de duración del proceso.¹¹

Asimismo, debe considerarse que al ser instituciones distintas en la determinación de la prescripción sólo interesa el transcurso del plazo, no se evalúa la complejidad del asunto ni las maniobras obstruccionistas como si ocurre con el plazo razonable. Sin embargo, estimamos que la prescripción debiera permitir y ser compatible con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Razones que no permiten acceder a lo solicitado en este extremo, pues como se ha indicado se trata de instituciones distintas, y la afectación del plazo razonable no puede resolverse - según lo regulado por ley y la jurisprudencia- a través de una excepción de prescripción.

Decisión:

Fundamentos por los cuales, los señores magistrados de la Sala penal de Apelaciones de la corte Superior de Justicia de Lima, Resolvieron: **CONFIRMAR** la resolución N° 05 emitida el 18 de agosto de 2011 por el magistrado Carlos Daniel Morales Córdova, Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, que declara infundada la excepción de prescripción deducida por la defensa del imputado Carlos Félix Núñez Barriga, en la investigación preparatoria que se le sigue como presunto autor de la comisión del delito contra la Administración Pública- Enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado. **Notificándose.**

¹¹ PASTOR, Daniel R. El plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. 1º ed. Konrad-Adenauer-Stiftung-AD-HOC, octubre, 2002, págs. 447 a 488.



APELACIÓN DE AUTO: CONTROL DE PLAZO DE DILIGENCIAS PRELIMINARES POR REITERADAS DISPOSICIONES DE PRÓRROGA DEL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y POR HABER SIDO EXPEDIDAS EN PLAZO VENCIDO

"[...] Estando al relato de los actos fiscales, se advierte que el plazo de las diligencias preliminares ha sido objeto de sucesivas prórrogas, llegando a un plazo acumulado de 340 días".

"[...] Si bien los actos que se investigan pueden considerarse complejos, ya que se dan algunos de los presupuestos del artículo 342.3 del CPP, como el caso de comprender a 8 investigados, realización de pericias contables, entre otros, consideramos que el plazo de 120 días para realización de las diligencias preliminares era suficiente dada su naturaleza".

"[...] Conforme se ha anotado, el plazo de las diligencias preliminares fue objeto de sucesivas prórrogas, llegando a un plazo acumulado de 340 días, superior al de ocho meses que la señora Fiscal provincial invoca en sus disposiciones. Además, los plazos se ampliaron cuando ya se encontraban vencidos y el último cuando el plazo aún no había vencido".

Base Legal: PIDCP: Art. 14.1°; CADH: Art. 8.1°; Const.: Arts.: 139.3°, 159°; NCPP: Arts. 1.3°, 142.1°, 330°, 330.2°, 334.1°, 334.2°, 336.1°, 337.2°, 342.1°, 342.2°, 342.3°, 343.3°; Cas.: 02-2008-La Libertad

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SALA PENAL DE APELACIONES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - LIMA

EXPEDIENTE	: 00110-2011-1-1826-JR-PE-01
JUECES	: CASTAÑEDA OTSU, MAITA DORREGARAY
VOTO SINGULAR	: SALINAS SICCHA
ACUSADA	: BALBOA HUAMACTO, KAROLAY CANDY
AGRAVIADO	: ESTADO
ASISTENTE JURISD.	: CORONADO ZEGARRA, SUSAN K.
DELITO	: COLUSIÓN DESLEAL

Resolución N° Dos

Lima, dieciséis de setiembre

Del año dos mil once

AUTOS Y OIDOS: Con la apelación formulada contra la resolución N° 02 de fecha 26 de agosto de 2011, actuando como ponente la señorita Juez Superior Susana Ynes Castañeda Otsu; y **ATENDIENDO:**

Materia del recurso de apelación

PRIMERO: Es materia del recurso de apelación, la resolución N° 02 dictada oralmente en la audiencia del 26 de agosto de 2011, por el señor Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, magistrado Carlos Daniel Morales Córdova, que declara Fundado el control de plazo de las diligencias preliminares, solicitado por la defensa de la investigada Karolay Candy Balboa Huamacto, en la investigación que se le sigue por los delitos de Colusión desleal y contra la Fe pública, ambos en agravio del Estado; y dispone que el Ministerio Público emita el pronunciamiento correspondiente dentro del término de 15 días. Plazo que otorga asumiendo el criterio de la facultad que tiene el Juzgador de conceder un plazo judicial.

Agravios de la señora representante del Ministerio Público

SEGUNDO.- Los agravios formulados por la señora Fiscal Provincial del Segundo Despacho de la 2da. Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, formalizados en su recurso de apelación y ratificados en audiencia por el señor Fiscal Superior, se centran en lo siguiente:

a) La resolución impugnada incurre en error de hecho, pues se consigna la falta de presupuestos para declarar una investigación compleja, lo cual no es correcto, pues se viene investigando a ocho personas por la comisión de cuatro delitos, como consecuencia de unos trabajos realizados en cuatro comisarías de la PNP durante el año 2007.

b) Las ampliaciones progresivas de los plazos de las diligencias preliminares y su declaración de investigación compleja, obedece al hecho de recepcionar las declaraciones de funcionarios y realizar pericias

contables y grafotécnicas, que permitan la individualización de otros implicados de la Oficina de Logística, así como el probable perjuicio ocasionado al Estado. Que de no llevarse a cabo las ampliaciones del plazo se rompería la unidad del proceso, afectándose el principio de ne bis in idem, en el supuesto de que se establezcan mayores responsabilidades de personas que ya han sido objeto de investigación.

c) Resulta importante tener una suficiente base indiciaria para obtener un grado de convicción necesario acerca de la comisión del delito y la intervención de los investigados preliminarmente, ya que de la imputación efectuada por el Procurador Público no se puede emitir pronunciamiento, correspondiendo aplicar los presupuestos del artículo 342°. 2 del Código Procesal Penal.

d) La Casación N° 02-2008, ha establecido que si bien el plazo de las diligencias preliminares es de 20 días naturales, el Fiscal puede fijar uno distinto según las características de la complejidad y circunstancias de los hechos, los cuales son diferentes y no se encuentran comprendidos en los 120 días naturales más la prorroga que alude la norma pertinente, que corresponde a la investigación preparatoria.

Posición de la defensa técnica.

TERCERO.- La defensa de la investigada Balboa Huamacto, considera que se ha vulnerado tanto el plazo razonable como el plazo legal. En cuanto al primero, sostiene: a) La presente investigación ya tenía un marco de imputación inicial formulado por el Procurador Público de la PNP en su denuncia, b) El Ministerio Público constantemente ha reprogramando diligencias, como es el caso de la verificación y obtención de documentos de la Dirección de Logística de la PNP, dejando transcurrir 50 días de plazo calendario, sin haber programado las diligencias a realizarse, c) Las ampliaciones del plazo no se han efectuado oportunamente, por el contrario los ha acumulado, en los cuales no se han señalado diligencias.

Respecto a la vulneración al plazo legal, alega: a) El art. 334°.2 del Código Procesal Penal establece que el Fiscal podrá ampliar un plazo distinto a los 20 días, no varios plazos, b) Cada ampliación realizada por el Ministerio Público ha sido dentro de un período vencido para la etapa procesal, sin considerar que el artículo 142°.1 del mencionado Código establece que las actuaciones procesales se practican puntualmente sin admitirse dilación. c) Si bien la Casación N° 02-2008 señala que el plazo de las diligencias preliminares no podría ser mayor al señalado en el art 342°, se debe a la naturaleza de las diligencias preliminares, esto es realizar actos urgentes e inaplazables.

Fundamentos de la resolución impugnada.

CUARTO.- El señor Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, ha declarado fundada la petición en base a los siguientes argumentos: i) La existencia de una denuncia inicial, de una u otra manera delimita el objeto de investigación. Cualquiera otra incidencia o determinación de responsabilidad puede ser objeto también de una investigación derivada o posterior que puede generar su propia investigación y plazo. ii) No se justifica que por no recabarse documentación pendiente, no se pueda determinar la individualización de los agentes y el cumplimiento de lo establecido en el artículo 330°.2 del CPP, iii) La complejidad que pueda tener una investigación no está sujeta al plazo fijado por la Casación N° 02-2008, precisando que en casos de diligencias preliminares, puede darse un plazo adicional mayor a los 120 días, conforme al artículo 342°.2, si la investigación lo justifica. Cualquiera adición debe estar ceñida a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, iv) Admite la complejidad del presente caso, pero no puede exceder de los 8 meses.

Fundamentos del Colegiado para resolver.

QUINTO.- Expuestos los argumentos de las partes y de la resolución impugnada, el problema planteado consiste en determinar si las diligencias preliminares dispuestas por el Ministerio Público pueden actuarse en un plazo máximo de 08 meses o el plazo para su actuación ya ha vencido al existir un marco de imputación y diligencias preliminares que nos son necesarias, según lo alegado por la defensa de la investigada Balboa Huamacto.

SEXTO.- Al respecto, es preciso indicar que a diferencia del modelo que ha establecido el Código de Procedimientos Penales de 1940¹, el Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP) establece plazos a la investigación preparatoria conducida por el Ministerio Público, a mérito de la atribución conferida por el

¹ Vigente en varios distritos judiciales del país, incluido el Distrito Judicial de Lima, con excepción de los Delitos Cometidos contra Funcionarios Públicos, previstos en los artículos 382° al 401° en que se ha producido el adelantamiento parcial del Código Procesal de 2004.

artículo 159° de la Constitución Política. Si bien no se señalan plazos para la conclusión del juicio, una vez formulada la acusación, el apartado 3 del artículo I de su Título Preliminar establece como un criterio rector, que la justicia penal “Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes, y en un plazo razonable”.

SÉTIMO.- El fundamento del plazo razonable se encuentra en el artículo 139°.3 de la Norma Fundamental, que consagra el debido proceso, habiendo interpretado los órganos jurisdiccionales y el Tribunal Constitucional que el plazo razonable constituye una manifestación implícita del debido proceso en una interpretación conforme a lo estipulado en los artículos 14°.1 y 8°.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, respectivamente. ²

OCTAVO.- En relación a la regulación del plazo en sede fiscal, es necesario considerar que el artículo 334°.2 del CPP, establece que el plazo de las diligencias preliminares es de 20 días, salvo que se produzca la detención de una persona; y que el fiscal podrá “(...) fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación (...)”. Diligencias preliminares que forman parte de la investigación preparatoria según el artículo 337°.2 del CPP; por lo que no podrán repetirse una vez formalizada la misma. ³

NOVENO.- Al facultar la disposición mencionada al Fiscal para fijar un plazo distinto al de 20 días, la sentencia casatoria N° 02-2008 ⁴ en el considerando décimo primero concluye que el plazo de las diligencias preliminares de 20 días y el que se concede al fiscal “son diferentes y no se hallan comprendidos en los 120 días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha”. Esto es, 120 días naturales más 60 días naturales de prórroga sólo para causas justificadas, conforme al artículo 342°.1 del CPP.

En el fundamento décimo segundo, se precisa que el plazo adicional al de los 20 días naturales no debe ser uno ilimitado, y si bien la norma no precisa de manera cuantitativa cual es su límite temporal, ello no puede afectar el derecho a un plazo razonable; ampliación que debe entenderse como excepcional, ponderándose el plazo máximo de duración en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Concluyen: “La fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la Investigación Preparatoria regulado en el artículo 342° de la ley procesal penal”.

DÉCIMO.- La conclusión anotada de la casación referida, según la interpretación del Ministerio Público corresponde al plazo ordinario de una investigación preparatoria, considerando que en este caso concreto, por la complejidad de las diligencias preliminares corresponde aplicar el plazo máximo de 08 meses conforme lo dispone el artículo 342°.2 del CPP.

Este Colegiado en mayoría considera que la disposición contenida en el segundo apartado del artículo 334°.2 referido al plazo de las diligencias preliminares concordado con el artículo 342°.1 y 2, sobre el plazo de la investigación preparatoria en casos comunes y complejos, admite cuatro sentidos interpretativos ⁵:

El plazo distinto de las diligencias preliminares según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, no puede ser mayor del plazo de la investigación preparatoria en casos comunes, esto es, de 120 días naturales.

El plazo distinto de las diligencias preliminares según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, no puede ser mayor del plazo de la investigación preparatoria en casos comunes, esto es, de 120 días naturales más su prórroga de 60 días naturales.

El plazo distinto de las diligencias preliminares según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, no puede ser mayor del plazo de la investigación preparatoria en casos complejos, esto es, de 8 meses.

² Tratados que forman parte de nuestro derecho interno, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución Política. Sirven como parámetro de interpretación y para delimitar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos que ésta consagra, según lo prescribe su IV Disposición Final y Transitoria y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Razonabilidad del plazo que ha sido objeto de diversos pronunciamientos en la jurisprudencia, uno de los más importantes a partir de la sentencia emitida en el Exp. N° 2915-2011-HC/TCL, de fecha 23 de noviembre de 2004.

³ Procede la ampliación de las diligencias preliminares si resultare indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción.

⁴ Emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 03 de junio de 2008.

⁵ Conforme a la interpretación, debe diferenciarse entre “disposición” y “norma” En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir: a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y, b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma). EXP. N.º 010-2002-AI/TC Caso Tineo Silva y otros, sentencia del 03 de enero de 2003.

El plazo distinto de las diligencias preliminares según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, no puede ser mayor del plazo de la investigación preparatoria en casos complejos, esto es, de 8 meses, más su prórroga de 8 meses ⁶.

UNDÉCIMO.- De las cuatro normas resultantes de la interpretación efectuada, consideramos que el plazo de las diligencias preliminares de una investigación en casos complejos no puede ser mayor que el plazo de 120 días naturales, en base a lo siguiente:

11.1. El sentido interpretativo por el que se opta es el que más se adecua al nuevo modelo procesal penal, que ante los problemas de retardo en la tramitación de los procesos incorporó como principio de interpretación en su título preliminar el derecho al plazo razonable, estableciendo plazos para las diligencias preliminares, investigación preparatoria y medidas limitativas de derechos.

11.2. El artículo 334² del CPP establece un plazo de diligencias preliminares de 20 días, entendiéndose para actuaciones simples, dejando a criterio del fiscal señalar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos de investigación. Disposición que debe ser concordada con el artículo 330^o del CPP, que otorga una naturaleza distinta a las diligencias preliminares ⁷, en relación a las que se deban actuar en la investigación preparatoria.

11.3. La casación N° 02-2008 remarca el criterio de diferenciación entre las diligencias preliminares y las actuaciones de la investigación preparatoria, entendiendo las primeras como excepcionales.

11.4. Si bien el Tribunal Constitucional en relación al tema que nos ocupa en el Exp. 2748-2010-PHC/TC ha establecido, que: "No obstante ello, se advierte que el plazo de investigación preparatoria previsto en el artículo 342.2 del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, no se condice con la realidad social, ni con la capacidad de actuación del Ministerio Público, pues es de conocimiento público que existen investigaciones preliminares o preparatorias sobre tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos que por la complejidad del asunto exceden los ocho meses, que pueden ser prorrogados por igual plazo" ⁸, resulta evidente que se refiere al plazo de la investigación preparatoria en casos complejos, como así lo indica y no al plazo de las diligencias preliminares, lo que explica la omisión de este órgano constitucional de no considerar en su argumentación lo dispuesto en la sentencia casatoria N° 02-2008.

Además, debe tenerse en cuenta que se trata de una sentencia exhortativa, con la finalidad que no queden impunes los delitos de Tráfico ilícito de drogas y/o Lavado de Activos.

DÉCIMO SEGUNDO.- Habiéndose fijado posición en relación al plazo de las diligencias preliminares en casos complejos, en este caso concreto, advertimos lo siguiente:

i) Mediante disposición N° 01, del 01 de febrero de 2011, la señora fiscal Provincial de la 2da Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, dispuso adecuar la investigación preliminar iniciada bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales contra ocho investigados, entre ellos, la investigada Karolay Candy Balboa Huamacto, a las reglas del Código Procesal Penal, disponiendo que los autos se pongan en despacho fiscal para el pronunciamiento respectivo.

ii) En la disposición N° 02, del 01 de febrero de 2011 dispuso ampliar el plazo de las diligencias preliminares por 20 días calendarios, al considerar que conforme al estado actual de la denuncia faltaban diligencias urgentes que permitan coadyuvar con el total esclarecimiento de los hechos. El plazo fijado fue para las siguientes actuaciones: solicitar a la Dirección de Logística de la PNP las copias autenticadas y/o fedateadas de la documentación sobre los contratos suscritos con las empresas Construcciones e Servicios "DAYANA" Multiservicios Triple "YOKI EIRL" y Servicios Generales de Rómulo Olivares Cáceres, y los expedientes técnicos administrativos correspondientes a obras de servicios de refacción realizados en las comisarías PNP Pucusana, Laderas de Villa, Sol de Oro y José Carlos Mariátegui. También se dispuso solicitar a SUNARP la copia literal de las citadas empresas.

El 21 de febrero de 2011, cuando ya se encontraba vencido el plazo de los 20 días, la señora Fiscal, dispuso realizar una verificación y obtención de los documentos solicitados en la disposición antes mencionada, para el día 24 de febrero, sin que haya ampliado el plazo.

⁶ Exp. N° 100-2011-1 y 100-2011-2, resoluciones de fecha 05 de setiembre de 2011 respectivamente.

⁷ Su finalidad inmediata es realigar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas inuolucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y dentro de los límites de la Ley, asegurarlos debidamente.

⁸ Sentencia del 11 de agosto de 2010. Criterio reiterado en el Expediente N° 3245-2010-PHC/TC, sentencia del 13 de octubre de 2010.

iii) Por disposición N° 04, del 28 de febrero de 2011, dispuso ampliar el plazo de las diligencias preliminares por 40 días, disponiéndose recabar los referidos contratos de la Dirección de Economía y Finanzas de la PNP, reiterar a Registros Públicos la remisión de la copia literal de las empresas antes señaladas; y reprogramar la diligencia de verificación y obtención de los expedientes técnicos administrativos correspondientes a las obras de servicios de refacción realizados en las comisarías ya referidas en la Dirección de Logística de la PNP, la que se programó para el 03 de marzo de 2011.

iu) Mediante disposición N° 08, del 04 de mayo de 2011, nuevamente se amplió el plazo por 40 días, esta vez para recepcionar las declaraciones indagatorias de la investigada Balboa Huamacto y de otros 03 investigados. Además se dispuso reiterar oficios a la Dirección de Logística y la Dirección de Economía y Finanzas de la PNP, para que remitan la documentación solicitada.

u) Por disposición N° 09, del 30 de junio de 2011, se declaró compleja “la presente investigación” (sic) ampliando el plazo por 120 días estableciéndose un plazo máximo de 08 meses. Se dispuso realizar una serie de actos de investigación, entre ellos, recabar la documentación pendiente de la Dirección de Logística y la Dirección de Economía y Finanzas de la PNP, así como la reprogramación de la declaración de la investigada Balboa Huamacto.

vi) Encontrándose vigente la ampliación de plazo de 120 días, por disposición N° 10, del 21 de julio de 2011, nuevamente se amplía por 120 días adicionales, computados a partir de la fecha de adecuación, disponiéndose la actuación de diversas diligencias, entre las cuales reitera diversos requerimientos formulados anteriormente.

DÉCIMO TERCERO.- Estando al relato de los actos fiscales, se advierte que el plazo de las diligencias preliminares ha sido objeto de sucesivas prórrogas, llegando a un plazo acumulado de 340 días.

Si bien los actos que se investigan pueden considerarse complejos, ya que se dan algunos de los presupuestos del artículo 342°.3 del CPP, como el caso de comprender a 8 investigados, realización de pericias contables, entre otros, consideramos que el plazo de 120 días para realización de las diligencias preliminares era suficiente dada su naturaleza. Además, los plazos se fueron prorrogando cuando se encontraban vencidos, con la salvedad de que se amplió para reiterar diligencias y oficios, efectuándose los apercibimientos correspondientes cuando se dictó la disposición N° 08.

Por las razones que este Colegiado expone en mayoría, corresponde confirmar en parte la resolución impugnada, y en consecuencia el Fiscal de la Investigación Preparatoria debe ordenar el archivo de lo actuado, o formalizar la investigación preparatoria, conforme lo dispone los artículos 334°.1 y 336°.1 del CPP, en un plazo de 8 días naturales y no 15 como lo ha dispuesto el Juez de la Investigación Preparatoria. En efecto, este Colegiado, en diversos pronunciamientos teniendo en cuenta el artículo 343°.3 del CPP, ha fijado como parámetro de interpretación que el juez al declarar fundado un control de plazo de diligencias preliminares debe conceder un plazo menor por la naturaleza del pronunciamiento del fiscal⁹, ya que es evidente que efectuar un requerimiento de sobreseimiento o formular acusación implica mayor esfuerzo y tiempo que el de emitir una disposición de archivo o de formalización de la investigación preparatoria.

DÉCIMO CUARTO.- Conforme se ha anotado, el plazo de las diligencias preliminares fue objeto de sucesivas prórrogas, llegando a un plazo acumulado de 340 días, superior al de ocho meses que la señora Fiscal provincial invoca en sus disposiciones. Además, los plazos se ampliaron cuando ya se encontraban vencidos y el último cuando el plazo aún no había vencido; situación irregular que debe ser puesta en conocimiento del señor Fiscal Superior Coordinador de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a fin de que adopte las medidas correctivas que el caso amerite.

DECISIÓN:

Razones por las cuales, los magistrados de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolvieron:

I. CONFIRMAR la resolución N° 02, del 26 de agosto de 2011, en el extremo que resuelve: declarar Fundado el control de plazo solicitado por la defensa de la investigada Karolay Candy Balboa Huamacto, en la inves-

⁹ Expedientes 00056-2011-1, 00017-2011-2 y 100-2011-1, las dos primeras resoluciones del 19 de julio de 2011, y la tercera del 5 de setiembre de 2011, Jueces Superiores Ponentes, Salinas Siccha, Maita Dorregaray y Castañeda Otsu, respectivamente.

tigación que se le sigue por los delitos de Colusión desleal y contra la Fe pública; en agravio del Estado y la **REVOCARON** en el extremo que resuelve: Otorgar al Ministerio Público el término de 15 días para que emita el pronunciamiento correspondiente, y **REFORMÁNDOLA**, concedieron **OCHOS DÍAS NATURALES**, contados desde la notificación de la presente resolución, para que emita el pronunciamiento que corresponda, bajo responsabilidad funcional.

II. Remitir copias de la presente resolución al señor Fiscal Superior Coordinador de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a fin de que adopte las medidas correctivas que el caso amerite, en relación a lo expuesto en el considerando Décimo cuarto. **Notifíquese.**

S.S.

CASTAÑEDA OTSU
MAITA DORREGARAY

Voto singular del señor Juez Superior Ramiro Salinas Siccha:

En base al artículo 138 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dicto mi voto singular en base a los siguientes argumentos.

No comparto la posición asumida por las señoras Jueces Superiores Castañeda Otsu y Mayta Dorregaray en cuanto la interpretación adoptada respecto al plazo de las diligencias preliminares que prevé el Código Procesal Penal de 2004, expresadas en los fundamentos décimo, undécimo y parte del décimo tercero de la presente resolución, de acuerdo a las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- Conforme se ha indicado en el fundamento noveno de la resolución, recogiendo lo señalado por la sentencia casatoria N° 02-2008, el plazo adicional al de los 20 días naturales no debe ser uno ilimitado, y si bien la norma no precisa de manera cuantitativa cual es su límite temporal, ello no puede afectar el derecho a un plazo razonable; ampliación que debe entenderse como excepcional, ponderándose el plazo máximo de duración en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Concluyendo que: “La fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la Investigación Preparatoria regulado en el artículo 342° de la ley procesal penal”.

SEGUNDO.- Siendo ello así, debe interpretarse que según lo establecido por la casación citada, el plazo diferente a los 20 días que señale el Fiscal, no puede ser mayor a los plazos establecidos en el artículo 342 del CPP de 2004 para la investigación preparatoria. Esto significa que dependiendo de las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, el plazo no podrá ser mayor a los 120 días más su prórroga de 60 días, así como también el plazo no podrá ser mayor a ocho meses¹⁰ (artículo 342.2 CPP) tratándose claro está, de investigaciones preliminares complejas. Para determinar si la investigación preliminar es compleja, el Fiscal primero al declararlo y luego el Juez, en eventual audiencia de control de plazos, debe evaluar si en la investigación preliminar se presentan los supuestos previstos en el inciso 3° del artículo 342 del Código Procesal Penal de 2004.

TERCERO.- En consecuencia no estoy de acuerdo con los fundamentos décimo y undécimo de la resolución que considera que el plazo de las diligencias preliminares de una investigación en casos complejos no puede ser mayor que el plazo de 120 días naturales. Mucho más, si el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente N° 2748-2010-PHC/TC¹¹, ha señalado: “se advierte que el plazo de investigación preparatoria previsto en el artículo 342.2 del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, no se condice con la realidad social, ni con la capacidad de actuación del Ministerio Público, pues es de conocimiento público que existen investigaciones preliminares o preparatorias sobre tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos que por la complejidad del asunto exceden los ocho meses, que pueden ser prorrogados por igual plazo”¹². Aspecto que no puede dejarse de evaluar para realizar una interpretación razonable respecto del plazo de la investigación del delito, pues la realidad nos muestra que existen investigaciones por delitos contra la administración pública, contra la salud pública, etc. que merecen un tiempo mayor para que la investigación preliminar cumpla su finalidad prevista en la Ley, caso contrario, es posible propiciar la impunidad de estos graves delitos, situación que el modelo acusatorio que sustenta el CPP de 2004 pretende evitar.

¹⁰ Este sería el tiempo límite, pues no es posible coger la prórroga debido que esta sólo lo concede el Juez de la investigación preparatoria. Ya sabemos que la intervención de tal Juez, está supeditada a que el Fiscal formalice la investigación preparatoria. De modo que es jurídicamente imposible sostener que el Fiscal puede recurrir al Juez de investigación preparatoria para que le conceda una prórroga del plazo de las diligencias preliminares.

¹¹ También en el Expediente N° 3245-2010-PHC/TC, sentencia del 13 de octubre de 2010.

¹² Fundamento jurídico 11

CUARTO.- En este caso en concreto, si bien el plazo de las diligencias preliminares puede ampliarse hasta ocho meses, ello no significa que el titular de la acción penal, tiene la facultad de prorrogar el plazo las veces que considere necesario hasta llegar al plazo máximo y menos puede aceptarse que las prórrogas se realicen tiempo después de vencido el plazo a prorrogar o que se prorrogue cuando el plazo a prorrogar no ha vencido, como aquí ha sucedido.

SALINAS SICCHA.

Apelación de Sentencia

SUBCAPÍTULO II

APELACIÓN DE SENTENCIA:**NULIDAD DE SENTENCIA CONDENATORIA POR DEFECTO EN LA MOTIVACIÓN**

"[...] La sentencia llega a afirmar que cree en la versión de la agraviada, sin embargo, no cumple con motivar las razones por las cuales le otorga credibilidad. Para fundamentar una sentencia condenatoria en la sola declaración de la víctima, tal como lo ha sostenido el Acuerdo Plenario Núm. 2-2005/CJ-116, del 30.9.2005, es necesario comprobar los siguientes requisitos concurrentes: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva [...]; b) Verosimilitud [...]; c) Persistencia en la incriminación [...]. Sin embargo, en la sentencia apelada, no se aprecia una motivación sobre los tres requisitos concurrentes para otorgar credibilidad a la declaración de la víctima, por lo que se incurre en defecto de motivación, en el aspecto central de la sentencia condenatoria, por lo que la vicia de nulidad".

"[...] La Sala considera que para tutelar mejor los derechos de las partes, y subsanar este defecto en la motivación de la sentencia condenatoria apelada, debe de realizarse un nuevo joggamiento y valorarse de forma objetiva y conjunta las pruebas en el juicio oral, y determinar si concurren o no los requisitos para otorgar valor probatorio a la declaración de la víctima, para ello deberá encargarse el nuevo joggamiento a un colegiado diferente".

Base Legal: Const. Art. 139.3º, 139.5º, 139.6º; CP: Art. 173.3º; NCPP: Arts. 150.d; 158º; 425.2º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SALA PENAL DE APELACIONES DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: N° 2523-2009-31-1601-JR-PE-03
JUECES	: BURGOS MARIÑOS, ZAMORA BARBOZA, ALARCÓN MONTOYA
ACUSADO	: URIBE MODESTO ARELLANO FERNANDEZ
AGRAVIADA	: S.C.B.B.
DELITO	: VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD

Sentencia

**Trujillo, siete de enero
Del año dos mil once**

VISTA Y OÍDA la presente causa penal en audiencia de apelación de sentencia, por los señores magistrados integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, Doctor VÍCTOR ALBERTO MARTÍN BURGOS MARINOS (Presidente, Juez Superior Ponente y Director de Debates), el Doctor JUAN RODOLFO ZAMORA BARBOZA (Juez Superior Titular) y el Dr. OSCAR ELIOT ALARCÓN MONTOYA (Juez Superior Titular), en la que interviene como parte apelante el imputado Uribe Modesto Arellano Fernández, asesorado por su Abogado Defensor Doctor Willman Reyes Calderón, y con la concurrencia del doctor Daniel Antonio Cerna Bazán, en Representación del Ministerio Público.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

Que, viene el presente proceso penal en apelación de la Resolución Tres, de fecha 12 de julio del 2010, que contiene la sentencia que condena al acusado Uribe Modesto Arellano Fernández, como autor del delito de violación sexual de menor de dieciocho años de edad, en agravio de la menor de iniciales S.C.B.B. y se le impone 15 años de pena privativa de la libertad efectiva, más el pago de tres mil nuevos soles por reparación civil a favor de la menor agraviada.

Que, el Abogado defensor del imputado manifiesta que, no está probado que el acusado haya ejercido violencia física o psicológica contra la agraviada, pues no niega las relaciones sexuales, ya que ellas fueron consentidas. Además la versión de la menor es contradictoria y denuncia es tardía, por lo que en aplicación del acuerdo plenario N° 4-2008 solicita la absolución.

Por su parte la Fiscalía ha sostenido que el delito está debidamente probado con lo actuado en juicio oral. Ha existido intimidación, y la víctima era menor pues tenía 15 años. Por lo que solicita se confirme sentencia en todos sus extremos.

Que, como efecto de la apelación formulada, la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el Ad quo para dictar la sentencia condenatoria recurrida, y en tal sentido se pronuncia de la siguiente manera:

II. CONSIDERANDOS:

2.1. PREMISA NORMATIVA

Que, el artículo 173° del Código Penal señala expresamente 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: ...3.- Si la víctima tiene entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco años, ni mayor treinta”.

Al respecto la jurisprudencia ha señalado que “La alegación de que las relaciones que mantuvo el acusado con la menor fueron con su consentimiento resulta irrelevante por tratarse de una menor de edad, toda vez que en esta clase de delitos la ley protege no solo la libertad, sino también la inocencia de la víctima cuyo desarrollo psíquico emocional se ve afectado por el comportamiento delictivo”¹.

Que, en el caso de los delitos contra la libertad sexual contra menores de edad, respecto al valor probatorio que debe merecer la versión de la agraviada, debe considerarse que la doctrina y la jurisprudencia sostienen que en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen los delitos sexuales, impide en ocasiones disponer de otras pruebas. Por lo que, para fundamentar una sentencia condenatoria en la sola declaración de la víctima, tal como lo ha sostenido el Acuerdo Plenario Núm. 2-2005/CJ-116, del 30.9.2005, es necesario comprobar los siguientes requisitos concurrentes:

- a) Ausencia De Incredibilidad Subjetiva, derivada de las relaciones acusador-acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés u otro, que pueda restar credibilidad a la versión del agraviado;
- b) Verosimilitud, que la versión de la víctima, pueda ser corroborada por circunstancias de lugar y tiempo, por ejemplo detalles de la escena del delito, apariencia y vestido del autor, la hora del suceso coincidente con momentos en que la víctima está sola, etc. Además de que no entre en contradicciones;
- c) Persistencia en la incriminación, es decir, la víctima debe mantener su versión durante el proceso de manera uniforme respecto a la identidad del autor.

De este modo, cuando falten los tres requisitos antes señalados, no habría duda de que estamos ante una mera sindicación, la misma que no puede ser “... fundamento para establecer la responsabilidad penal y, por consiguiente, para imponer una pena...” siendo esto último lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N°1218-2007-PHC/TC; mientras que, cuando falte uno o dos de los requisitos, tampoco se podrá expedir una sentencia condenatoria, pues se estaría ante una duda razonable que favorece por mandato constitucional a todo ciudadano acusado de un delito.

Que, en el caso de los delitos contra la libertad sexual también se ha señalado en el Acuerdo Plenario Número 04-2008/CJ-116, que “es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad...” (Fundamento 07).

Agregándose además que la “exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño -este último sólo relevante en el delito de seducción-. Es evidente, por lo demás, que existirá delito -de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor- cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto...

¹ R.N. 904-2003-Santa. Lima, 5 de agosto 2003. Sala Penal Permanente de La Corte Suprema, en Diálogo con La Jurisprudencia, N° 71, Lima, 2004, P. 306.-

Asimismo, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad -entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla..." (Fundamento 12).

Que, la doctrina ha indicado que desde la perspectiva del bien jurídico, se pretende proteger una de las manifestaciones más relevantes de la libertad, es decir, la libertad sexual, pues al ser puesta en peligro o lesionada trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera psicológica del individuo, alcanzado el núcleo más íntimo de su personalidad ². En igual sentido Muñoz Conde, al sostener que en el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro. Por su parte Castillo Alva, sostiene que la indemnidad sexual es una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todos, como seres humanos, tenemos a un libre desarrollo de la personalidad sin intervenciones traumáticas en la esfera íntima, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda su vida. Por lo que en este orden de ideas, desde la perspectiva del bien jurídico, tenemos que la ley penal (y su correspondencia con la protección de la dignidad humana, eje central de nuestro ordenamiento constitucional), protege al menor tanto de su injerencia abusiva de terceros en el ámbito de su sexualidad como de aquellos que se aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o de dependencia ³.

Que, la Constitución Política del Perú prescribe en su Artículo 139, los principios y derechos de la función jurisdiccional: "... 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional... 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan, 6. La pluralidad de la instancia".

Que, el Artículo 158 del Código procesal Penal establece que "1. En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados" "2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria", y "3. La prueba por indicios requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conindicios consistentes".

Además, el Artículo 150 regula la Nulidad absoluta, al señalar que procede sancionar con nulidad absoluta, cuando "... d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución."

2.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS:

Revisada la sentencia materia de apelación, el juzgado colegiado llega a la convicción de la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, a partir de los siguientes hechos probados, tal como se advierte del considerando noveno: 1) que si han existido relaciones sexuales entre el acusado y la agraviada, 2) que las relaciones sexuales se han dado cuando la agraviada tenía 16 años de edad, teniendo en cuenta su partida de nacimiento y el embarazo, 3) según la agraviada fue obligada en varias ocasiones a mantener relaciones sexuales en los hoteles Harrys y Titanic entre los meses de setiembre del 2007 y enero de 2008, 4) A partir de la declaración de la agraviada se tiene por probado que el acusado ejerció sobre la agraviada amenazas, con el uso de cuchillo y de enviar a golpear a sus padres, 5) No se ha llegado a determinar exactamente la fecha que se presentó la denuncia, pero según la madre de la agraviada, denunció diez meses después de ocurrido el hecho, 6) los testigos de descargo no acreditan la existencia de relaciones sexuales consentidas, 7) La condición de padre del acusado le genera la obligación de pasar alimentos a la menor producto de las relaciones sexuales.

Según la Defensa, la sentencia es ilógica y manifiestamente contradictoria. La declaración de la víctima y sus requisitos para su validez no se han valorado. Uno de esos requisitos es que la denuncia tiene que ser oportuna y pronta, sin embargo, se denuncia un hecho de febrero, en noviembre de 2008. Además, la decla-

² SALINAS SICCHA, Ramiro; "Derecho Penal. Partes Especial"; Lima - Perú; 2008; Editorial GRUJLEY; Tercera Edición; 2008; Página 620.
³ Ibídem página 728.

ración de la agraviada debe ser uniforme, pero en el juicio oral dijo que las relaciones sexuales también fue por vía anal. El requisito de la Verosimilitud, exige que la declaración debe ser corroborada, pero la prueba médico legal dice que no se encuentran rastros de violación. Existe partida de nacimiento donde el imputado acepta a la niña como hija, con la cual acepta la relación sexual, pero ello no prueba que hubo violación. Han existido relaciones sexuales consentidas con la agraviada, se han realizado por varios meses, hasta que salió embarazada. La víctima ha tenido entre 15 y 16 años cuando sucedieron los hechos. La prueba y la propia sentencia han admitido que no se ha empleado violencia ni la existencia del cuchillo, no ha existido violencia, sino intimidación, pero ésta no está probada. Siempre se ha aceptado que tuvo relaciones sexuales consentidas, han visto a la menor en hoteles y hasta en el cuarto donde vivía el acusado, hay testigos que dicen haber así sucedido los hechos. Y, según Acuerdo Plenario 4-2008 solicita absolución.

Por su parte el Ministerio Público afirmó que las relaciones sexuales se produjeron entre setiembre de 2007 a enero 2008, mediante ejercicio de actos de amenaza el acusado accedió sexualmente a la menor agraviada, quien vivía en casa de conjuviente de acusado. Que éste la cogió del brazo, y con el uso de cuchilla, la trasladó al hotel Harris de la Urb. La Rinconada. La primera relación fue en el hotel Harris, y de ahí al hotel Titanic, de forma reiterada. La forma que accedía era bajo amenaza, por su vulnerabilidad al encontrarse bajo el cuidado de su tía. En Enero de 2008 se descubre embarazo. La agraviada en el juicio oral dijo que las relaciones sexuales fueron bajo amenaza y no de forma consentida, y al tiempo de los hechos tenía 15 años. Los testigos de parte del acusado, si han sido valorados por el juez, dan información de que conocen a la agraviada y al acusado, pero no acreditan relaciones consentidas. No hay venganza de parte de agraviada. Es típico de la violencia por intimidación, y debe ser confirmada la sentencia.

En la audiencia de apelación de sentencia no se han actuado ninguna prueba nueva, no se ha contado con la declaración del acusado ni oralizado pruebas documentales, por lo que la revisión de la sentencia tiene que darse conforme a las limitaciones previstas en el artículo 425 inciso 2 del Código Procesal Penal.

2.3. ANÁLISIS DEL CASO

En el presente proceso, ha quedado probado que la denuncia fue presentada después de varios meses en que sucedieron los hechos que son objeto de imputación al acusado Arellano Fernández. Que, el acusado no ha negado la existencia de las relaciones sexuales con la menor agraviada, y que como consecuencia de ello, ha nacido una hija. Asimismo, que al tiempo de los hechos, la menor agraviada tenía entre 15 y 16 años. Que las relaciones sexuales fueron reiteradas entre setiembre de 2007 y enero de 2008, se realizaban en hoteles y se trasladaban en mototaxi.

El punto de discrepancia se encuentra en si las relaciones sexuales fueron consentidas o mediando violencia o amenaza. Para ello se cuenta con la declaración de la agraviada, quien sostiene que fue mediando amenaza. La sentencia llega a afirmar que cree en la versión de la agraviada, sin embargo, no cumple con motivar las razones por las cuales le otorga credibilidad. Para fundamentar una sentencia condenatoria en la sola declaración de la víctima, tal como lo ha sostenido el Acuerdo Plenario Núm. 2-2005/CJ-116, del 30.9.2005, es necesario comprobar los siguientes requisitos concurrentes: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador-acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés u otro, que pueda restar credibilidad a la versión del agraviado; b) Verosimilitud, que la versión de la víctima, pueda ser corroborada por circunstancias de lugar y tiempo, por ejemplo detalles de la escena del delito, apariencia y vestido del autor, la hora del suceso coincidente con momentos en que la víctima está sola, etc. Además de que no entre en contradicciones; c) Persistencia en la incriminación, es decir, la víctima debe mantener su versión durante el proceso de manera uniforme respecto a la identidad del autor. Sin embargo, en la sentencia apelada, no se aprecia una motivación sobre los tres requisitos concurrentes para otorgar credibilidad a la declaración de la víctima, por lo que se incurre en defecto de motivación, en el aspecto central de la sentencia condenatoria, por lo que la vicia de nulidad.

La Sala considera que para tutelar mejor los derechos de las partes, y subsanar este defecto en la motivación de la sentencia condenatoria apelada, debe de realizarse un nuevo juzgamiento y valorarse de forma objetiva y conjunta las pruebas en el juicio oral, y determinar si concurren o no los requisitos para otorgar valor probatorio a la declaración de la víctima, para ello deberá encargarse el nuevo juzgamiento a un colegiado diferente.

Que, tratándose de una sentencia que no pone fin a la instancia, no corresponde fijar costas procesales.

Que, por todas las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas con las reglas de la sana crítica, las leyes de la lógica y las reglas de la experiencia, y de conformidad con las normas antes señaladas, la SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, POR UNANIMIDAD HA RESUELTO:

III. RESOLUCIÓN:

ANULAR la sentencia apelada que condena al acusado Uribe Modesto Arellano Fernández, como autor del delito de violación sexual de menor de dieciocho años de edad, en agravio de la menor S.C.B.B. y se le impone 15 años de pena privativa de la libertad efectiva, más el pago de tres mil nuevos soles por reparación civil a favor de la menor agraviada. Igualmente con lo demás que contiene.

DISPONER se realice un nuevo juzgamiento por otro Juzgado Colegiado.

SIN COSTAS. Actuó como Juez Superior Ponente y Director de Debates, Doctor VÍCTOR ALBERTO MARTIN BURGOS MARIÑO

APELACIÓN DE SENTENCIA:**IMPOSIBILIDAD DE CONDENA DEL QUE FUE ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA**

"[...] Si bien se ha previsto la facultad de la Sala Superior de emitir una condena del que fue absuelto en primera instancia, ello en este caso no es posible, pues no se ha producido nueva actividad probatoria, y de hacerlo, sería violatorio del derecho que tiene el imputado al doble conforme o doble instancia. Efectivamente, la Convención Americana establece el derecho al doble conforme y a un recurso amplio, es decir, el derecho de todo condenado a revisar en una instancia superior los fundamentos de hecho y derecho de la condena impuesta, derecho que no se garantiza a través del recurso de casación, que es el único recurso que le quedaría al imputado, impidiéndose al condenado a ejercer su derecho al doble conforme".

Base Legal: Const.: Art. 139.5°; CP: Arts. 189.3°, 189.4°; NCPP: Arts. II, 150.d, 398°, 409°, 425.2°, 425.3.a; CADH: Art. 8.2.h; CIDH: Informe Caso N° 11.618 Oscar Alberto Mohamed us Argentina, 13 de abril de 2011; CorteIDH: Caso Almonacid Arellano c/Chile-2006, Caso Cabrera García y Montiel Flores c/México-2010

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SALA PENAL DE APELACIONES DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: N° 02850-2010-45-1601-JR-PE-06
JUECES	: VENTURA CUEVA, CUEVA ZAVALA, BURGOS MARIÑOS
ACUSADOS	: BENJAMIN FRANCISCO GARCIA RODRIGUEZ HECTOR ISAIAS NACOR CARRAN REYES
AGRAVIADO	: BRIGIDA WUILMA ALVAREZ RODRIGUEZ
DELITO	: ROBO AGRAVADO

**Resolución N° Doce
Trujillo, veinte de septiembre
Del año dos mil once**

VISTA Y OIDA; La audiencia de Apelación de Sentencia absolutoria, por los señores magistrados integrantes de la Tercera Sala Penal de Apelaciones, Doctor MARCO AURELIO VENTURA CUEVA (Presidente), Doctor JORGE LUIS CUEVA ZAVALA (Juez Superior Titular) y el Doctor VÍCTOR ALBERTO MARTIN BURGOS MARIÑOS (Juez Superior Titular, Ponente y Director de Debates); en la que interviene como parte apelante el Ministerio Público, representado por la Fiscal Dra. Ana Cristina Vigo Ordoñez, y con la participación de los Abogados Dr. José Hurtado Zamora y Dr. Julio Ramiro Bacilio Sánchez, en representación de los imputados Benjamín Francisco García Rodríguez y Héctor Isaías Nacor Carrán Reyes, respectivamente, quienes no estuvieron presentes.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

Que, viene el presente proceso penal en apelación de la Resolución Número Seis, de fecha 22 de marzo de 2011, que absuelve a Benjamín Francisco García Rodríguez y Héctor Isaías Nacor Carrán Reyes del delito de Robo agravado en agravio de Brígida Wuilma Álvarez Rodríguez.

Que, la sentencia venida en grado ha sido cuestionada a través del recurso de apelación formulado por el Ministerio Público, quien sostiene que no existe una debida motivación, incumple lo previsto en el artículo 394 del Código Procesal Penal, pues no indica cuales son las pruebas insuficientes. Solicita la nulidad.

Por su parte, el Dr. Zamora Hurtado ha sostenido que está de acuerdo con lo afirmado por la Fiscalía, pues la sentencia tiene más de 15 páginas, está debidamente motivada y debe confirmarse. Por su parte el Dr. Bacilio Sánchez ha señalado que no existe contra su patrocinado prueba suficiente que acredite su responsabilidad, por lo que solicita se confirme.

Como efecto de la apelación formulada, la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el Ad quo para dictar la sentencia absolutoria recurrida, y en tal sentido, se pronuncia de la siguiente manera:

II. CONSIDERANDOS:

2.1. PREMISA NORMATIVA

Que, el artículo 189° del Código Penal señala expresamente que “La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años, si el robo es cometido: ...3. Con arma de fuego...4.- Con el concurso de dos o más personas...”

La consumación del delito de Robo Agravado se produce cuando el agente se apodera mediante violencia y amenaza de un bien total o parcialmente ajeno, privando al titular del bien jurídico así como del ejercicio de sus derechos de custodia y posesión asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición de dicho bien. “Ejecutoria Suprema del 03/08/00. Exp. 2000. Lima. Jurisprudencia Penal. Taller de Dogmática Penal. Jurista Editores 2005.p 468”.

La Corte Suprema a través de la sentencia plenaria N° 1 – 2005 / DJ - 301 – A, ha establecido el momento consumativo del delito patrimonial de robo y hurto. Tal es así que en el caso de delito de hurto, el acto de apoderamiento que exige el ilícito penal debe entenderse que existe: a) un desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor –de su esfera de posesión- a la del sujeto activo, y b) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma. Lo que importa es sacar la cosa de la esfera de custodia, de la vigilancia o de la actividad del tenedor, efectivo dominio sobre la cosa. El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición.

En esa misma línea nuestra doctrina presenta unanimidad respecto del momento de consumación del delito de hurto simple.

El Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, regula el principio de Presunción de inocencia, que en su primer inciso prevé, que “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”.

Según el artículo 425° inciso 2 del Código Procesal Penal “La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, pre constituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”. Sin embargo, esta norma se debe concordar con la previsión contenida en el artículo 409 y en el 425 inciso 3 a), las que otorgan a la Sala Superior, declarar la nulidad de todo o parte de la sentencia apelada.

Que, conforme a lo previsto por el artículo 150 inciso d) del Código Procesal Penal se incurrirá en nulidad absoluta, cuando no se observe el contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitucional. Y, según el artículo 139 inciso 5 de la Constitución, es principio y garantía de la función jurisdiccional, el deber de motivar la sentencia (de forma suficiente y coherente Expediente N° 02937-2009-PHC/TC-La Libertad, de fecha 25 de setiembre de 2009).

El Control difuso de convencionalidad instituido por la Corte Interamericana de DD HH, desde la Sentencia en el caso Almonacid Arellano c/ Chile (2006) hasta la sentencia en el caso Cabrera García y Montiel Flores c/México (2010), establece como obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes, de efectuar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana”.

En el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso No. 11.618 Oscar Alberto Mohamed Vs Argentina, del 13 de abril de 2011, el que se pronuncia sobre el caso de la condena en segunda instancia, luego que fuera absuelto en primera instancia. En este informe se afirma que “Es derecho de toda persona acusada de un delito a tener derecho a un recurso mediante el cual obtenga una revisión amplia de la sentencia condenatoria en cumplimiento del artículo 8.2.h de la Convención Americana”. Por tanto, se viola este derecho cuando se condena en segunda instancia, al que fue absuelto en la primera, pues no se le permite, a través de un recurso extraordinario o de casación, a revisar la condena de forma amplia, es decir, revisar los hechos, las pruebas y el derecho. En el fundamento 107 del Informe, la Comisión sostiene que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están

obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

2.2. PREMISA FÁCTICA

Que, según la sentencia materia de apelación, en el juicio oral se ha llegado a establecer como hechos probados que: 1) el día 7 de abril de 2010, se produjo un robo en el inmueble de la agraviada, ubicado en el Jr. Manuel Seoane 1069, Vista Alegre, por parte de 5 sujetos, una mujer y un menor de edad; 2) que para la comisión del robo se utilizaron hasta 4 vehículos de servicio taxi, entre los que se encontraba el auto de placa SD-8123; 3) que ese día a la hora de los hechos, el acusado Benjamín Francisco García Rodríguez, era quien conducía el auto taxi de placa SD-8123; 4) que con la intervención policial y registro al vehículo taxi SD-8123, así como acta de entrega de especies, se encontraron en su interior cinco bancos de plástico color guinda, seis de color celeste y dos de color negro; 5) que la agraviada y su hija afirman haber reconocido en fotografía a Héctor Isaías Nacor Carran Reyes y a Jhon William Salazar Mía como dos de los autores del asalto; 6) que los dos acusados si presentan pasado criminal.

En base a estos hechos probados para el Juzgado Colegiado, concluye que "...no registra ni contiene medios de prueba de especial y específica relevancia, no habiéndose logrado acreditar imparcialmente en juicio oral y público, de una parte, la presencia física y efectiva del agente incriminado Héctor Isaías Nacor Carran Reyes en el lugar del acontecimiento lesivo, y de otro, la activa coparticipación en dicho ilícito penal agente incriminado Benjamín Francisco García Rodríguez...", porque "...las declaraciones de la agraviada, su hija, del albañil y del testigo clave que observó la presencia del automotor de placa SD-8123, son incoherentes e inconsistentes, sin virtualidad probatoria entonces para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que por ley les asiste a los mentados agentes incriminados debiéndose por lo mismo diferir lo pertinente a derecho por razones de elemental justicia".

Así, el Colegiado concluye que "...en el caso del acusado Benjamín Francisco García Rodríguez, no podría negarse el hecho que presenta pasado criminal por el mismo delito, y que estacionó el taxi de placa SD-8123, en el lugar y hora de los hechos denunciados, y que fue objeto de persecución policial, encontrándose en dicho automotor bancos de plástico de diferentes colores, no ha sido desacreditado en forma objetiva sin embargo, que no haya conducido dicho automotor en vista de un servicio contratado por personas indeterminadas y de que en el transcurso del viaje rumbo a Huanchaco, en efecto, haya sido objeto de intimidación con armas de fuego para no detenerse por el asedio policial, sino hasta las inmediaciones de la Asociación de Caballos de Paso, en donde descienden sus potenciales usuarios perdiéndose entre los maizales del lugar, haciendo él lo propio unos kilómetros más adelante, a lo que se debe agregar que la Policía no detectó nada de lo robado siendo esto sumamente trascendente para los fines de la causa".

En el caso del acusado "...Héctor Isaías Nacor Carran Reyes, no fue detenido in fraganti...fue reconocido en álbum fotográfico por la agraviada y su hija, quienes lo describen como una persona flaca, vestía gorra, cojeaba y tenía marcas en la cara...", sin embargo, en el juicio oral quedó probado que el acusado no cojeaba y no tenía marcas en la cara. Además, las mismas agraviadas también afirmaron haber reconocido en el álbum a Jhon Salazar Mía, sin embargo ésta persona se encontraba recluido en el Penal El Milagro. Estas contradicciones, permitió formar convicción en el Colegiado que la imputación hecha por las agraviadas contra el acusado Héctor Isaías Nacor Carran Reyes, no sea creíble. Además, no existe ninguna otra evidencia que acredite su responsabilidad.

Para la Fiscalía Superior, en el juicio oral si se probó la existencia del delito, que sufriera la agraviada en su domicilio, donde alquila puestos y estaban pintando uno de esos locales. Llega una fémina y solicita el alquiler de un puesto. Justo aquel puesto que estaba siendo pintado, y al abrir la puerta, permite el ingreso de 5 sujetos provistos de armas, siendo agredido el pintor Santos Emilio Marcelo Romero con un arma de fuego, y una vez reducidos, empiezan a sustraer sus artefactos y dinero, por un monto de 22,000 nuevos soles. Estos hechos están suficientemente probados. Sin embargo, la sentencia no valora la declaración del testigo clave, testigo presencial que vio estacionado un taxi de placa SD-8123, y vio un sujeto en actitud sospechoso

y que reconoce como el acusado Benjamín García Rodríguez. Tampoco se señala porque no se valora la declaración de testigos policíacos que hicieron la persecución. El imputado Benjamín no ha negado ser conductor de dicho vehículo. Dijo haber comido pollo, y quedarse dormido hasta las 10 de la noche, y que luego fue tomado un servicio por unos muchachos. Los policías persiguieron el taxi del imputado, quien se dio a la fuga, hasta alcanzarlo, sin embargo, la sentencia no valora la declaración de los policías, tampoco la declaración de la propietaria del vehículo taxi, quien afirma que a esa hora el taxi estaba conducido por el imputado Benjamín Francisco García Rodríguez. No se ha valorado el hecho que dentro del vehículo se haya encontrado bancos de plástico que luego la agraviada reconoció como suyos, hecho además corroborado por el testigo clave. El imputado Benjamín es una persona que tiene antecedentes penales y policíacos por el mismo delito (tiene pena de 12 años, con beneficio penitenciario). El coimputado Carran Reyes, también estuvo recluso conjuntamente con Benjamín, y se conocían. El acusado Héctor, es reconocido por la agraviada y su menor hija, como la persona que los amenaza con un arma de fuego. Sentencia habla de ciertas contradicciones, pero sin establecer cuáles son esas contradicciones incurridas al momento del reconocimiento. La persona de Jhon Salazar Mia, que fue separado de las investigaciones, desde julio del 2008 permanencia en el penal, y no pudo haber estado en el día de los hechos. Es esta contradicción que es usada en la sentencia, para restar credibilidad al reconocimiento. Por todas estas consideraciones la sentencia debe ser declarada nula.

Para el Dr. José Hurtado Zamora, según la agraviada afirma que fue asaltada por varios sujetos que identifica como Jhon Salazar Mia y Héctor Nacor Carran Reyes, sin embargo, luego se acredita que el primero estaba en prisión en el penal. Que, de los dos policías que intervienen, uno de ellos estuvo en una móvil de serenazgo, y que su patrocinado era quien conducía un taxi amarillo de placa SD 8123. Que, su patrocinado estuvo circunstancialmente estuvo en el lugar de los hechos por haber realizado un servicio de taxi a una pareja a la cuadra 9 de la avenida Seoane. Luego estaciona frente a un local de venta de comida, donde baja y come un tazón de sopa, y luego se echo a descansar. El testigo clave no afirma que haya visto a su patrocinado participar en el robo, sólo afirma que al parecer participo como campana en el robo. Que es cierto que acusado hizo una carrera hasta el lugar, toma caldo, descansa, y, luego un sujeto toma el taxi para Huanchaco, subiendo luego otros más. Ya por la carretera a Huanchaco, el patrullero le hace señas para parar, pero es amenazado por uno de los pasajeros, por lo que fuga, y al pasar por el local de caballos de paso, para y los ocupantes salen corriendo hacia los cañaverales, y el acusado opta también por fugar también, llega a su casa sin contar lo sucedido. Los testigos policíacos observan que ven a los sujetos fugar con los artefactos por los cañaverales. El auto taxi fue abandonado, y al llegar al lugar encuentran dentro del vehículo unas bancas de propiedad de la agraviada. Que si se han valorado las pruebas.

Para el Dr. Julio Bacilio Sánchez, luego de producido el asalto, la agraviada es llevada a la Comisaría donde le muestran un álbum fotográfico, y reconoce a dos personas por fotos: uno fue Héctor Carran Reyes y otro fue Jhon Salazar Mia; que su patrocinado vive en Sintuco, y muy rara vez viene a Trujillo. La Fiscalía sostiene su responsabilidad por que estuvo en prisión en el tiempo que también estuvo su coacusado Benjamín, y ahí seguro se conocieron. Esta afirmación es muy subjetiva. Además hay un reconocimiento de Carran Reyes por parte de la agraviada y de su hija pero en foto, y no hay otra prueba que acredite su participación en los hechos. Que, la declaración de reconocimiento tiene contradicciones. En la policía reconocen a Carran Reyes y a Salazar Mia, pero éste último estaba recluso en el penal, por lo que no pudo estar en el asalto. Según la testigo Joyse Chávez Álvarez, hija de la agraviada, fue su patrocinado quien la encañono, y lo reconoce pues tenía una gorra, un arma, y era cojo. En el juicio oral, se realiza la confrontación y se acredita que no era cojo. Existiendo por tanto una contradicción, y no resulta creíble su vinculación a los hechos. También señala que no hay ninguna causal de nulidad, que se ha fundamentado adecuadamente, por lo que solicita se confirme la sentencia.

2.3. ANÁLISIS DEL CASO

En la presente audiencia no se han actuado nuevos medios probatorios, por lo que al revisar la sentencia, la Sala revisará los hechos y pruebas, con las limitaciones previstas para la valoración de la prueba personal. Asimismo, estando al pedido de nulidad de la sentencia del Ministerio Público, se procederá a analizar la correspondencia entre los hechos debatidos en el juicio oral, los hechos probados, así como la motivación de las conclusiones arribadas por el Colegiado, y también la observancia de lo previsto en el artículo 398, que son los requisitos para dictar una sentencia absolutoria.

De la revisión efectuada en la sentencia absolutoria, la Sala considera, que respecto del acusado Héctor Carran Reyes no existen pruebas de su vinculación al hecho del robo agravado, pues lo único que lo vincula al hecho es un reconocimiento fotográfico realizado por la agraviada y su menor hija, reconocimiento que

fue respaldada por una descripción física, que en el juicio oral, por el principio de inmediación fue descartada, pues no coincidía con señas como que era una persona coja y que tenía marcas en la cara. Además, el reconocimiento fotográfico hecho por las agraviadas no son confiables, pues ellas también se equivocaron en reconocer a Salazar Mía como otro de los asaltantes, sin embargo, en el juicio oral se acreditó, que esta persona al tiempo de los hechos, se encontraba recluida en el Penal de El Milagro, por lo que era imposible que haya participado en el asalto. Que, el hecho que Carran Reyes tenga antecedentes penales, no es suficiente argumento para acreditar su responsabilidad, razón por la cual, el razonamiento y motivación que realiza el Colegiado en este extremo, aplicando el criterio de la inmediación y las pruebas existentes, resulta correcto y debe de confirmarse en este extremo.

Respecto del extremo que absuelve al acusado Benjamín Francisco García Rodríguez, la Sala ha advertido un defecto en la motivación de la sentencia, pues el Juzgado Colegiado no ha valorado ni explicado la razón por la cual no se toma en cuenta diversos hechos probados, como el que en el taxi conducido por dicho acusado se encontraron especies sustraídas a la agraviada, tampoco se valora el hecho que el acusado conducía el taxi y que se encontraba en actitud sospechosa según el testigo clave, tampoco se valora el hecho que el acusado condujo el vehículo taxi y no hizo caso al alto de la Policía, por el contrario se dio a la fuga; tampoco se ha valorado el hecho que el acusado detiene el vehículo fugando sus ocupantes, siendo vistos por los testigos policías que llevaban consigo diversas especies sustraídas; tampoco se ha valorado el hecho que el propio acusado se fugó dejando abandonado el vehículo taxi. La sentencia materia de apelación, se sustenta en el siguiente argumento "...las declaraciones de la agraviada, su hija, del albañil y del testigo clave que observó la presencia del automotor de placa SD-8123, son incoherentes e inconsistentes, sin virtualidad probatoria entonces para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que por ley le asiste a los mentados agentes inculcados debiéndose por lo mismo diferir lo pertinente a derecho por razones de elemental justicia". En este razonamiento, hay dos argumentos falaces: el primero que las declaraciones de los testigos de cargo son "incoherentes e inconsistentes sin virtualidad probatoria", sin señalar por qué lo son; y, segundo, que las contradicciones incurridas para inculcar a Héctor Carran Reyes, también favorecerían al acusado Benjamín García Rodríguez.

Sin embargo, lo que también constituye un defecto en la motivación, es el hecho de dar por probado los argumentos de defensa del acusado Benjamín García Rodríguez sin que existan en el proceso ni en el juicio oral, pruebas que respalden la coartada esgrimida por dicho acusado, para justificar su presencia en el lugar de los hechos y en la fuga y abandono del vehículo taxi donde huyeron los otros coautores y fueron encontrados parte de las especies sustraídas. Al respecto, el Juzgado Colegiado afirma que "...no ha sido desacreditado en forma objetiva sin embargo, que no haya conducido dicho automotor en vista de un servicio contratado por personas indeterminadas y de que en el transcurso del viaje rumbo a Huanchaco, en efecto, haya sido objeto de intimidación con armas de fuego para no detenerse por el asedio policial, sino hasta las inmediaciones de la Asociación de Caballos de Paso, en donde descienden sus potenciales usuarios perdiéndose entre los maizales del lugar, haciendo él lo propio unos kilómetros más adelante, a lo que se debe agregar que la Policía no detectó nada de lo robado siendo esto sumamente trascendente para los fines de la causa". Como se advierte de este argumento, puramente subjetivo, y que demuestra que el Juzgado Colegiado no ha exigido al acusado las pruebas mínimas que acrediten su coartada. Además, no es cierto lo afirmado en la expresión subrayada, que no se encontró nada de lo robado, pues en dicho auto sí se encontraron parte de las especies robadas como ha quedado probado en juicio oral, e incluso ha sido reconocida por la propia defensa. De esta manera se advierte en este extremo absolutorio, una clara vulneración de los requisitos previstos por el artículo 398, así como una indebida valoración probatoria, por lo que se ha vulnerado la garantía de la debida motivación incurriéndose en la causal de nulidad prevista en el artículo 150 inciso d del Código Procesal Penal.

Para cumplir con la exigencia del deber de motivación, UNA SENTENCIA JUDICIAL debe ser producto de la RACIONALIDAD, es decir, razonada y motivada. Y, en un contexto de un modelo procesal donde predomina el principio de la libre valoración de la prueba, el Juez puede declarar la verdad teniendo a la vista todos los elementos de convicción que se han incorporado al debate contradictorio del juicio oral, y tiene la obligación de realizar una valoración conjunta de los hechos y las pruebas. No debe entenderse por libre valoración, la práctica que el Juez valore solo alguna de ellas, y deje de valorar otras, sin razón. Además, el Juez, no puede afirmar su razonamiento en suposiciones o deducciones subjetivas. Al respecto, la más avanzada interpretación doctrinal comparada de la exigencia de motivación de los enunciados probatorios, defiende un modelo de justificación –que algunos autores denominan "analítico"– que requiere una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y las razones que lo sustentan y de la cadena de inferencias que permite tener por justificadas las conclusiones probatorias. Este desarrollo doctrinario corresponde al derecho comparado europeo, y es fruto del abandono de la concepción emocio-

nal y puramente potestativa de la libre valoración de la prueba, largamente predominante hasta tiempos recientes, que concebía al juicio sobre la prueba como una especie de epifanía (manifestación o revelación) que sobreviene al juez en contacto inmediato con la evidencia y que no es susceptible de racionalización ni de control. Una vez que la regla de la libre valoración de la prueba deja de ser entendida como criterio positivo de decisión que remite a la creencia subjetiva del juez y pasa a ser concebida como una regla negativa, que excluye la tasación legal de la prueba, pero que no libera al juez de la sujeción a estándares generales de racionalidad, la motivación de las conclusiones probatorias adquiere un papel protagónico como garantía y herramienta de control de su racionalidad. Y, desde esta perspectiva, el modelo analítico de motivación de los hechos representa la forma –exhaustiva y diferenciada– que la fundamentación debe asumir para poder cumplir adecuadamente esa función. Por otra parte ese modelo y, en particular, la exigencia que la motivación se estructure en forma dialógica y comprenda no sólo la justificación lineal de la hipótesis fáctica acogida, sino también la valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas, refleja adecuadamente el carácter relacional de la justificación de los enunciados que declaran hechos probados respecto del conjunto de elementos de juicio representado por todas las pruebas admitidas y practicadas en el proceso y constituye el necesario correlato de la garantía de un proceso contradictorio. (“La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un Diagnóstico” por Daniela Accatino Scagliotti, Abogada, Doctora en Derecho, Profesora de Teoría del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Casilla 567, Valdivia, Chile).

Si bien se ha previsto la facultad de la Sala Superior de emitir una condena del que fue absuelto en primera instancia, ello en este caso no es posible, pues no se ha producido nueva actividad probatoria, y de hacerlo, sería violatorio del derecho que tiene el imputado al doble conforme o doble instancia. Efectivamente, la Convención Americana establece el derecho al doble conforme y a un recurso amplio, es decir, el derecho de todo condenado a revisar en una instancia superior los fundamentos de hecho y derecho de la condena impuesta, derecho que no se garantiza a través del recurso de casación, que es el único recurso que le quedaría al imputado, impidiéndose al condenado a ejercer su derecho al doble conforme, el que solo se limita a revisar la correcta aplicación del derecho, y no tiene competencia para revisar los hechos y las pruebas. Por ello, debe tenerse en cuenta además lo señalado en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso No. 11.618 Oscar Alberto Mohamed Vs Argentina, del 13 de abril de 2011 respecto de la condena del absuelto y también al deber de control difuso de convencionalidad que tienen todos los jueces de los Estados partes.

Al decretarse la nulidad de la sentencia en el extremo que absuelve a Benjamín Francisco García Rodríguez, también debe anularse su excarcelación y disponerse su ubicación y captura.

Que, respecto a las costas procesales, según el artículo 497 del Código Procesal Penal serán de cargo de la parte vencida, si bien en el presente caso, la parte vencida es la parte imputada, debe de eximirse del pago de costas, por haber hecho uso de su derecho a la doble instancia, siendo ello equiparable a la excepción prevista en el citado artículo respecto a “razones serias y fundadas”. De otro lado, la parte recurrente ha sido el Ministerio Público quien está exento de pago de costas, y además, en un extremo no ha quedado firme aún la sentencia, por lo no corresponde fijar costas procesales.

III. PARTE RESOLUTIVA

Que, por todas las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, y de conformidad con las normas antes señalada, la TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, POR UNANIMIDAD HA RESUELTO:

ANULAR la Resolución Número Seis, de fecha 22 de marzo de 2011, en el extremo que absuelve a Benjamín Francisco García Rodríguez del delito de Robo agravado en agravio de Brígida Wuilma Álvarez Rodríguez.

DISPUSIERON se realice un nuevo juicio oral por otro colegiado. Dispusieron su inmediata ubicación y captura.

CONFIRMARON la sentencia en el extremo que absuelve a Héctor Isaías Nacor Carrán Reyes del delito de Robo agravado en agravio de Brígida Wuilma Álvarez Rodríguez.

Sin costas en esta instancia. Actuó como Juez Superior Ponente, el Doctor Víctor Alberto Martín Burgos Mariños.

64**APELACIÓN DE SENTENCIA:****LA FALTA DE CONFIRMACIÓN JUDICIAL DE LA INCAUTACIÓN NO INVÁLIDA LA PRUEBA OBTENIDA POR ELLA**

"[...] Que, conforme al Acuerdo Plenario 5-2010 sobre incautación, establece que la falta de confirmatoria judicial, no invalida la prueba que ha sido incautada. Asimismo, que los jueces no pueden valorar la prueba que no ha sido objeto de confirmatoria, y que es obligación de los jueces proceder a realizar el acto de confirmatoria judicial. Que, habiéndose discutido en el juicio oral la legalidad del acto de incautación, se ha procedido a realizar el control jurisdiccional exigido en la confirmatoria, faltando únicamente la formalidad de afirmar que dicha incautación se encuentra confirmada. Y, por si fuere necesario, en la audiencia de apelación la Defensa ha reiterado su posición en el sentido que no tiene ningún cuestionamiento sobre el acto de incautación, razón por la cual debe tenerse por confirmada la incautación de las armas de fuego".

Base Legal: CP: Arts. 46-B, 279°; NCPP: Arts. 218.2°, 425.2°; AP: 05-2010/CJ-116

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SALA PENAL DE APELACIONES DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: N° 3835-2010-32-1601-JR-PE-07
JUECES	: VENTURA CUEVA, CUEVA ZAVALA, BURGOS MARIÑOS
ACUSADO	: VÍCTOR ROGELIO LEÓN SERNAQUÉ CRISTIAN JESÚS SAAVEDRA PAREDES
AGRAVIADO	: EL ESTADO
DELITO	: TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO

**Resolución N° Nueve
Trujillo, diecisiete de mayo
Del año dos mil once**

VISTA Y OÍDA; La audiencia de Apelación de Sentencia condenatoria, por los señores magistrados integrantes de la Tercera Sala Penal de Apelaciones, Doctor MARCO AURELIO VENTURA CUEVA (Presidente), Doctor JORGE LUIS CUEVA ZAVALA (Juez Superior Titular), Y Doctor VÍCTOR ALBERTO MARTÍN BURGOS MARIÑOS (Juez Superior Titular, Ponente y Director de Debates) en la que interviene como parte apelante los imputados Víctor Rogelio León Sernaqué y Cristian Jesús Saavedra Paredes, asesorados por sus Abogados Dr. Juan Carlos Castro Avalos y Dr. Agustín Germán Risco Baquedano, y con la participación del Ministerio Público, representado por la Dra. Nancy Susana Carbonel Carranza.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

Que, viene el presente proceso penal en apelación de la Resolución N° 3, de fecha 20 de enero de 2011, que contiene la sentencia que condena a Víctor Rogelio León Sernaqué y Cristian Jesús Saavedra Paredes, como autores del delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, a la pena 16 años de pena privativa de libertad y al pago de ochocientos nuevos soles cada uno por reparación civil a favor del Estado.-

Que, la Defensa de León Sernaqué ha señalado que no se ha probado la responsabilidad de su patrocinado, pues no se ha demostrado que tenía la tenencia de un arma, ya que él era el conductor del vehículo. Por su parte, la Defensa de Saavedra Paredes ha señalado que de acuerdo a la teoría de la imputación objetiva, no se ha llegado a demostrar con precisión, quien tenía la posesión de las armas de fuego.

Por su parte, el Ministerio Público ha señalado que en el juicio oral se ha acreditado plenamente el delito y la responsabilidad penal de los acusados por lo que solicita se confirme la sentencia condenatoria.

Que, como efecto de la apelación formulada, la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el Ad quo para dictar la sentencia condenatoria, y en tal sentido se pronuncia de la siguiente manera:

II. CONSIDERANDOS:

2.1. PREMISA NORMATIVA

Que, el artículo 279° del Código Penal señala expresamente que “El que ilegítimamente fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años...”.

Fluye de la descripción típica que hace el artículo 279° del código penal vigente, que el delito de tenencia ilegal de arma de fuego es de mera actividad y comisión instantánea. Ejecutoria Suprema de 20 de junio 1997. SP. R.N. N° 650-97, Lambayeque (Rojas Vargas, Jurisprudencia Penal, T.I, Gaceta Jurídica, Lima 1999, p.533).

Se halla acreditado el delito de tenencia ilegal de material explosivo con la incautación de cartuchos de dinamita y fulminantes pertenecientes al encausado, quien no ha podido justificar su procedencia. Ejecutoria Suprema de 08 de setiembre 1998. SP. R.N. N° 2785-98, Cono Norte-Lima (Rojas Vargas, Jurisprudencia Penal, T.I, Gaceta Jurídica, Lima 1999, p.536-537).

Según el artículo 46-B del Código Penal, modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29407, publicada el 18 septiembre 2009, aplicable al caso por la fecha de comisión del delito “El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.”

2.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Revisada la sentencia y el audio del juicio oral, se advierte que el Juggado Colegiado ha llegado a fijar como hechos probados que: la intervención fue en flagrancia delictiva; que los acusados León Sernaqué y Saavedra Paredes iban a bordo del vehículo intervenido, junto al ya sentenciado Huamán Esquivel; que, en la intervención policial se incautó tres armas de fuego, una de ellas en el auto bajo el asiento donde iba Huamán Esquivel, y las otras dos, en una mochila; que la mochila fue arrojada por una de las ventanillas del auto, cuando éste trataba de huir; que el conductor del vehículo hizo el amago de detenerse, para luego emprender la fuga; que ambos acusados son reincidentes, por tener una condena vigente y encontrarse gozando del beneficio de la semilibertad.

Que, en el juicio de apelación, la parte apelante no ha ofrecido nuevas pruebas, tampoco se ha oralizado ningún medio probatorio. Sólo se ha contado con la declaración de Saavedra Paredes, quien ha afirmado que “el 9 de julio de 2010, fue intervenido por la policía cuando regresaba de Moche...y le dijeron que tenía un arma...afirma que estaba en el carro que conducía su amigo León Sernaqué...y que fue su amigo Huamán Esquivel quien lo invitó a Moche para ver unas chicas, pero que no vieron a ninguna por ello se regresaron... que no se dio cuenta que llevaban mochila o bolsa...que él iba en el asiento del copiloto, en la parte delantera...que fue su amigo Huamán Esquivel fue quien pago el taxi y que no puede precisar si estaba en Moche, solo en la panamericana”.

La Defensa de León Sernaqué ha concluido que su patrocinado no portaba ningún arma, solo era conductor de la empresa Nuevo Horizonte...conducía un colectivo...acepta realizar una carrera a Moche abandonando su ruta por un precio de 20 soles...luego recogen a Saavedra Paredes, y encuentran un arma debajo del asiento de Huamán...Luego fue hallada una mochila, que había sido arrojada previamente, con otras armas...dice que Huamán acepto su responsabilidad. Que al realizar el registro vehicular se encuentra solo un arma, que su patrocinado no puede ser responsable pues era el conductor del colectivo. Al final se encuentran tres armas, dos en la mochila y una dentro del vehículo, pero no se ha confirmado la incautación de armas, por ello solicita se revoque y se absuelva.

La Defensa de Saavedra Paredes ha señalado que la sentencia condenatoria ha sido arbitraria, pues solo dos personas han estado en posesión del arma, un arma bajo el asiento de Huamán, y, la mochila ha estado en posesión de otro. Según los peritos en el juicio oral han afirmado que no existe una total certeza que Saavedra haya estado en posesión de arma de fuego, pues en la pericia no aparece uno de los tres elementos,

como es el Antimonio. Y, que los otros dos procesados si tienen antimonio. Además, según los peritos, las tres armas habían sido recientemente utilizadas, por lo que solicita se absuelva a su patrocinado.

Para el Ministerio Público, con la declaración de Saavedra Paredes en la audiencia de apelación, así como las demás pruebas actuadas en juicio oral, se encuentra probado el delito de tenencia de armas, pues la tenencia exige no una posesión directa, sino una tenencia inmediata y estrecha. Ha quedado probado que la Policía interviene el station wagon donde iban los acusados, y luego de ordenar que detengan la marcha, aceleran el vehículo y tratan de huir. En la huida arrojan las armas en una mochila (1 revólver y 1 pistola, las dos abastecidas), la que sumada al arma hallada en el registro vehicular, hacen un total de tres armas. Si bien no hay una confirmatoria de las armas, éstas fueron incautadas en flagrancia, y la no confirmatoria judicial de la incautación no invalida las pruebas. Las armas han sido disparadas, a León Sernaqué se le encontró los tres elementos, y a Saavedra Paredes se le encontró dos elementos. Si bien la pena prevista para el delito de tenencia ilegal de arma de fuego tiene una pena de 6 a 15 años, al haberse acreditado la condición de reincidentes, se les ha impuesto la pena de 16 años, a cada uno de ellos. Por todo ello, la sentencia debe ser confirmada.

Al haberse cuestionado la sentencia por la falta de confirmatoria judicial de las armas incautadas, por lo que se procedió a someter al contradictorio la incidencia promovida por la Defensa, preguntándose si en el juicio oral se había alegado como mecanismo de defensa algún cuestionamiento sobre la legalidad de las incautaciones, a lo que se respondió que sí fue introducida al debate pero que no se confirmó las incautaciones. Ante esta situación se consultó a la Defensa de los acusados, si tenían algún cuestionamiento sobre el acto de la incautación, ellos manifestaron que no, asimismo, el Ministerio Público refirió que se trató de una incautación en flagrancia, por lo que siendo el objetivo de la confirmatoria de la incautación el ejercer un control de legalidad sobre la incautación realizada por la Policía, habiéndose escuchado las alegaciones sobre la incautación de las armas de fuego, y apreciándose que no existe ningún cuestionamiento sustancial que vicie de ilegitimidad al acto policial de incautación, la Sala Superior entiende que con la sentencia de primera instancia se ha otorgado validez a la prueba material, habiéndose omitido tan solo el acto formal de la declaración de confirmatoria. Por lo que en esta instancia no se ha hecho sino ratificar la validez del acto de restricción de derechos realizada por la Policía para lograr materializar la incautación de las armas de fuego, en el sentido que la Defensa no tiene ningún cuestionamiento, por lo que la confirmatoria judicial debe proceder.

2.3. ANÁLISIS DEL CASO

Que, en la audiencia de apelación, la parte apelante no ha incorporado nueva prueba y tampoco se ha oralizado prueba documental, que hayan incorporado nuevos elementos de convicción que permitan cuestionar las pruebas actuadas en el juicio oral. En tal sentido resulta atendible lo previsto en el inciso 2 del artículo 425, mediante el cual, el Código Procesal Penal establece que “la Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de Primera Instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”. En esta instancia, solo se ha contado con la declaración del procesado recurrente Paredes Saavedra, pero su declaración no tiene la connotación de prueba sino de un medio de defensa por el cual afirma hechos, que no han sido acreditados.

Que, el hecho delictivo materia de este proceso, así como la responsabilidad penal se encuentran acreditados suficientemente, por la circunstancia de flagrancia en que fueron intervenidos los acusados apelantes, la prueba material de las armas de fuego incautadas, la prueba científica que determina que las armas incautadas estaban operativas y habían sido disparadas recientemente, que los acusados presentan restos de partículas de haber disparado, y sustancialmente, por el testimonio del policía interviniente quien sostiene que los acusados a bordo del vehículo cuando se le dio la voz de alto hicieron el amague de detenerse, pero luego aceleraron y trataron de huir, y en esa circunstancia, arrojan por una ventana del vehículo una mochila donde se encontraron dos de las tres armas incautadas.

La actividad probatoria realizada en el juicio oral permite sostener válidamente el juicio de culpabilidad, pues ha quedado probado que fueron 3 los acusados que fueron intervenidos en el auto en flagrancia, el que conducía era León Sernaqué, a su lado iba Saavedra Paredes, y en el asiento posterior el ya sentenciado Huamán Esquivel; fueron 3 las armas incautadas, una de ellas bajo el asiento de Huamán Esquivel, y las otras dos armas en una mochila que había sido arrojada, cuando trataban de huir; que las tres armas estaban operativas y habían sido disparadas recientemente, y los tres acusados presentan restos de haber dispa-

rado. Que, el acusado Huamán Esquivel se hizo responsable del arma hallada bajo su asiento, que las otras dos armas fueron escondidas y arrojadas desde el auto en movimiento por uno de los dos acusados que iban delante, y conforme al sentido común y las reglas de experiencia, el acto de esconder las armas en la mochila y arrojarlas tuvo que ser realizada por Saavedra Paredes, pues León Sernaqué estaba conduciendo el auto y no podía realizar las dos cosas a la vez. Esta inferencia se refuerza por el hecho que todas las armas habían sido disparadas y que los acusados presentan restos de partículas que indican haber disparado las armas. Por todo ello, la sentencia condenatoria debe ser confirmada.

Que, respecto a la pena a imponer ha quedado probado que los acusados tienen la condición de reincidentes, pues pese a encontrarse gozando del beneficio de la semilibertad conforme a la ley vigente por delito doloso, vuelven a cometer un nuevo delito, lo que se encuentra dentro de los alcances del artículo 46-B del Código Penal, el mismo que autoriza que en el caso de reincidencia, el Juez podrá imponer una pena por encima del máximo de la pena prevista para el delito hasta un tercio por encima del máximo. La finalidad de esta agravante específica prevista por la Ley penal, se encuentra en el hecho castigar con mayor severidad a la conducta de desprecio a los bienes jurídicos que muestra el agente y a su escasa o nula motivación para con las normas penales, lo que lo convierte en un sujeto agente incapaz de resocializarse. Por ello, se encuentra plenamente justificada la aplicación de una condena de 16 años de pena privativa de libertad, así como el monto de la reparación civil fijado en la sentencia, por lo que en este extremo también debe de confirmarse la sentencia.

Que, conforme al Acuerdo Plenario 5-2010 sobre incautación, establece que la falta de confirmatoria judicial, no invalida la prueba que ha sido incautada. Asimismo, que los jueces no pueden valorar la prueba que no ha sido objeto de confirmatoria, y que es obligación de los jueces proceder a realizar el acto de confirmatoria judicial. Que, habiéndose discutido en el juicio oral la legalidad del acto de incautación, se ha procedido a realizar el control jurisdiccional exigido en la confirmatoria, faltando únicamente la formalidad de afirmar que dicha incautación se encuentra confirmada. Y, por si fuere necesario, en la audiencia de apelación la Defensa ha reiterado su posición en el sentido que no tiene ningún cuestionamiento sobre el acto de incautación, razón por la cual debe tenerse por confirmada la incautación de las armas de fuego.

Que, sobre las costas procesales debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 497° inciso 3 del Código Procesal Penal, pues si bien la parte recurrente ha perdido en la segunda instancia, ha tenido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso.

Que, por todas las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas con las reglas de la sana crítica, las leyes de la lógica y reglas de la experiencia, y de conformidad con las normas antes señaladas, la TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, POR UNANIMIDAD, **RESUELVE:**

III. RESOLUCIÓN:

CONFIRMAR, la sentencia que condena a VÍCTOR ROGELIO LEÓN SERNAQUÉ Y CRISTIAN JESÚS SAAVEDRA PAREDES, como autores del delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, a la pena de 16 años de pena privativa de libertad y al pago de ochocientos nuevos soles cada uno por reparación civil a favor del Estado. Sin costas. Actuó como Juez Superior Ponente y Director de Debates, el doctor Víctor Alberto Martín Burgos Mariños.

APELACIÓN DE SENTENCIA CONFORMADA:**REDUCCIÓN DE LA PENA POR CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL**

"[...] Esto quiere decir, que el imputado cuando se conforma al nivel del juicio oral –durante el trámite de conformidad- tiene derecho a una reducción de pena, menor que al que le hubiera correspondido en el caso de haberse conformado en Terminación Anticipada durante la investigación. Por ello que en el presente caso, siendo la pena mínima de 6 años para el delito objeto de conformidad, la reducción de la pena no puede ser igual o mayor a 1/6 de 6 años, es decir un año o más, sino que de la pena mínima de 6 años tiene que descontársele menos de 1 año (1/6)".

"[...] La Fiscalía sostiene que el descuento debe ser de 1/7, es decir 0.85 de año (10 meses 6 días), sin embargo esta Superior Sala considera que el descuento debe ser redondeado a meses, a fin de poder llevar un adecuado cómputo, y en consecuencia, hace suya la pretensión de la Fiscalía, por lo que la pena impuesta en la sentencia a la procesada debe ser revocada, y sustituida por una nueva pena, la misma que reflejando los principios de legalidad y proporcionalidad, se fijará en 5 años y dos meses de prisión efectiva".

Base Legal: CP: Arts. 46-B, 279°; NCPP: Arts. 218.2°, 425.2°; AP: N° 05-2010/CJ-116

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SALA PENAL DE APELACIONES DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: N° 2009-04939-74-1601-JR-PE-08
JUECES	: BURGOS MARIÑOS. ZAMORA BARBOZA, ALARCÓN MONTOYA
ACUSADA	: LUCY NANCY MONTAÑO GODOY
AGRAVIADO	: EL ESTADO
DELITO	: FABRICACIÓN, SUMINISTRO O TENENCIA DE MATERIALES PELIGROSOS

Sentencia

Trujillo, veintiséis de enero

Del año dos mil diez

VISTA Y OÍDA en audiencia pública de apelación de sentencia, por los Señores Magistrados integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, Doctor VÍCTOR ALBERTO MARTÍN BURGOS MARIÑOS (Presidente, Juez Superior Ponente y Director de Debates), Doctor JUAN RODOLFO SEGUNDO ZAMORA BARBOZA (Juez Superior) y el Doctor OSCAR ELIOT ALARCÓN MONTOYA (Juez Superior), en la que interviene como apelante el Ministerio Público representado por la Doctora Lea Guayán Huaccha y el Abogado Defensor de la imputada Lucy Nancy Montaña Godoy –quien no asistió a la audiencia-, Doctor Wilder Bocanegra Ferrer.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

Que, viene el presente proceso penal en apelación de la Resolución N° 06, de fecha 13 de octubre de 2009, que contiene la sentencia de conformidad por la cual se condena a la imputada Lucy Nancy Montaña Godoy como autora del delito de Tenencia de Materiales Peligrosos (Art.279 del Código Penal) a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres con reglas de conducta, y una reparación civil de cinco mil nuevos soles a favor del Estado.

Que, el Ministerio Público ha manifestado que la pena impuesta por el A Quo no se ajusta al principio de legalidad, de proporcionalidad y culpabilidad, siendo que el tipo penal para el presente caso está conminada con una pena no menor de seis ni mayor de quince años y que no se ha tenido en cuenta dicho parámetro legal, sin embargo, al haber aceptado los cargos la imputada en juicio oral, está constituye una circunstancia para reducir la pena en un porcentaje no mayor al que recibe todo imputado por terminación anticipada, conforme lo ha establecido la Corte Suprema, por lo que la sanción penal no debió ser menor a los cinco años dos meses de pena privativa de la libertad, correspondiente a 1/7 del mínimo legal, no obstante ello, sin que exista ninguna circunstancia excepcional de atenuación el juzgado redujo la pena hasta cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres, por lo que se ha afectado los principios de legalidad y proporcionalidad; por tanto solicita que la sentencia recurrida sea revocada y se le imponga 5 años y dos meses de pena privativa de libertad.

Por su parte, el Abogado Defensor de la procesada, ha solicitado se confirme la pena impuesta, pues ella refleja no solo los criterios de proporcionalidad, sino también el de humanidad de las penas. Que, como efecto de la apelación formulada, la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el Ad quo para imponer la pena recurrida, y en tal sentido se pronuncia de la siguiente manera:

II. CONSIDERANDOS:

2.1. PREMISA NORMATIVA

Que, el artículo 279° del Código Penal señala expresamente que “El que ilegítimamente fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años...” -

Fluye de la descripción típica que hace el artículo 279° del código penal vigente, que el delito de tenencia ilegal de arma de fuego es de mera actividad y comisión instantánea. Ejecutoria Suprema de 20 de junio 1997. SP. R.N. N° 650-97, Lambayeque (Rojas Vargas, Jurisprudencia Penal, T.I, Gaceta Jurídica, Lima 1999, p.533).

Se halla acreditado el delito de tenencia ilegal de material explosivo con la incautación de cartuchos de dinamita y fulminantes pertenecientes al encausado, quien no ha podido justificar su procedencia. Ejecutoria Suprema de 08 de setiembre 1998. SP. R.N. N° 2785-98, Cono Norte-Lima (Rojas Vargas, Jurisprudencia Penal, T.I, Gaceta Jurídica, Lima 1999, p.536-537).

2.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS:

En el presente proceso penal, según la acusación fiscal recogida en la sentencia de conformidad, los hechos se refieren al 24 de marzo del 2009, cuando aproximadamente a las 19:50 horas, a la altura del Km. 506 de la Carretera Panamericana, la Policía intervino el vehículo ómnibus de placa de rodaje VI 1385 de propiedad de la empresa Perú Bus, conducido por la persona de Daniel Santos Pérez Azahuanche que se dirigía de la ciudad de Lima con dirección a Trujillo, donde se encontró en la bodega del ómnibus dos sacos de polietileno color blanco conteniendo en el interior de cada saco dos rollos de mecha lenta de trece kilos en cada uno, así mismo se encontró dos sacos de polietileno a rayas conteniendo en cada uno de los cuales una canasta de carrizo en cuyo interior había un total de novecientos dieciocho cartuchos de dinamita cubiertos por racimos de uva, identificándose a la propietaria de dicho cargamento de explosivos, a la acusada Lucy Nancy Montaña Godoy, a quien incluso se le encontró debajo de su asiento una mochila de color negro conteniendo en su interior 28 cajas de 100 detonadores cada una.

Sobre estos hechos constitutivos del delito previsto en el artículo 274° del Código Penal, ha quedado probado que la acusada se acogió al procedimiento de conformidad, aceptando su responsabilidad penal en los hechos, por lo que el Juggado, procedió a expedir la sentencia condenatoria, imponiéndole una pena de 4 años suspendida por el plazo de tres, extremo de la pena que es motivo de cuestionamiento en la presente audiencia.

Según la Fiscalía, en el juicio oral hubo Conclusión Anticipada, y también hubo acuerdo en cuanto a la pena, sin embargo, el juez le impuso a la acusada, la pena de 4 años suspendida, cuando en realidad debió ser mas, pues según el Acuerdo Plenario N° 05-2008 la pena en Conclusión Anticipada no puede ser reducida a un sexto como en el caso de la Terminación Anticipada, sino solo a un séptimo de la pena, y en esa lógica, siendo la pena mínima del delito 6 años, la pena impuesta debió ser de 5 años y dos meses, más la pena no puede ser disminuida sin que exista un argumento legal, por todas estas razones la Fiscalía ha solicitado que ser revoque la pena impuesta. Por su parte la Defensa ha solicitado que se confirme la pena, en atención a que ella resulta proporcional y humanitaria, ya que su patrocinada llevaba dicho material para la práctica de la minería informal y artesanal, que es una forma de cómo ella se gana la vida, además por que la hija de su patrocinada intentó suicidarse.

Efectivamente, con fecha dieciocho de julio del dos mil ocho se realizo el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116; mediante el cual establece en su artículo 28 numeral 7 que “Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados...no obstante ello, la conformidad de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471 del nuevo código procesal penal, aunque con una reducción inferior a la

sexta parte". Este Acuerdo Plenario establece una tabulación del derecho premial, a consecuencia de la conformidad del imputado, así establece que si, la reducción de la pena en Terminación Anticipada es de 1/6 de la pena, en Conclusión Anticipada no puede ser igual o mayor, sino muy por el contrario, debe de ser menor a 1/6. Esto quiere decir, que el imputado cuando se conforma al nivel del juicio oral –durante el trámite de conformidad- tiene derecho a una reducción de pena, menor que al que le hubiera correspondido en el caso de haberse conformado en Terminación Anticipada durante la investigación. Por ello que en el presente caso, siendo la pena mínima de 6 años para el delito objeto de conformidad, la reducción de la pena no puede ser igual o mayor a 1/6 de 6 años, es decir un año o más, sino que de la pena mínima de 6 años tiene que descontársele menos de 1 año (1/6). Ahora, la Fiscalía sostiene que el descuento debe ser de 1/7, es decir 0.85 de año (10 meses 6 días), sin embargo esta Superior Sala considera que el descuento debe ser redondeado a meses, a fin de poder llevar un adecuado cómputo, y en consecuencia, hace suya la pretensión de la Fiscalía, por lo que la pena impuesta en la sentencia a la procesada debe ser revocada, y sustituida por una nueva pena, la misma que reflejando los principios de legalidad y proporcionalidad, se fijará en 5 años y dos meses de prisión efectiva, para cuyo cumplimiento, deberán cursarse los respectivos oficios de ubicación y captura.

En el presente caso, la Sala Penal Superior está habilitada para incrementar el monto de la pena, toda vez, que el recurrente es el Ministerio Público en aplicación del artículo 409 y 425.3.b del Código Procesal Penal. Que, respecto a las costas procesales, según el artículo 497 del Código Procesal Penal serán de cargo de la parte vencida, si bien en el presente caso, el Ministerio Público ha sido la parte recurrente, y la parte imputada ha sido la vencida, debe eximirse el pago de costas, toda vez que la intervención de la defensa de la imputada, ha sido por motivos serios y fundados, como es el defender una sentencia con pena suspendida.

Que, por todas las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas con las reglas de la sana crítica, y de conformidad con las normas antes señaladas, la SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, **RESUELVE:**

III. RESOLUCIÓN:

REVOCAR la sentencia de conformidad en el extremo que condena a la imputada Lucy Nancy Montaña Godoy, a la pena de cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres con reglas de conducta. **REFORMÁNDOLA: IMPUSIERON** a Lucy Nancy Montaña Godoy 5 años y dos meses pena privativa de libertad, como autora del delito de Tenencia de Materiales Peligrosos (Art.279 del Código Penal). **DISPUSIERON** se dicten los oficios de ubicación y captura. **CONFIRMARON**, lo demás que contiene. Actuó como Juez Superior Ponente y Director de Debates, el doctor Víctor Alberto Martín Burgos Mariños.

APELACIÓN DE SENTENCIA:**66****NULIDAD POR LA INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS DEL AGRAVIADO**

"[...] El argumento de nulidad de sentencia deducida por el Ministerio Público, por la falta de haber consignado al Estado como agraviado, resulta atendible, pues al no haberse comprendido en el requerimiento fiscal acusatorio, no se le ha podido correr traslado de la acusación, ofrecer pruebas, tampoco se le podido emplazar para el juicio oral, y menos dado oportunidad para poder ejercer su defensa, y apelar incluso de la sentencia en el extremo absolutorio".

"[...] El Ministerio Público sostiene en cambio, que en el presente caso existe un supuesto de nulidad insalvable, pues de un lado se ha dado valor probatorio a un testimonio de un testigo con identidad reservada, sin que éste haya sido debidamente incorporado al debate oral, así como el de haberse seguido un proceso penal por delito contra la fe pública, sin considerar al Estado como agraviado, por lo que ante tales hechos, la sentencia y el presente proceso es nulo, y la Sala deberá declararlo en ese sentido".

Base Legal: Const.: Arts. 139.6°, 139.14°; CP: Art. 427°; NCPP: Arts. I, IX, 150.d; STC: Exp. N° 8605-2005-AA/TC, Exp. N° 06648-2006-PHC/TC, Exp. N° 07324-2005-AA/TC

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SALA PENAL DE APELACIONES DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: 00746-2009-25-1601-SP-PE-02
JUECES	: BURGOS MARIÑOS, ZAMORA BARBOZA, ALARCÓN MONTOYA
ACUSADOS	: ISAIAS IZAGUIRRE GIL JUAN MARCOS PALOMINO ARAUJO CONFESOR CALDERON ALFARO SANTOS MARTINA CORONEL VÁSQUEZ OLINDA RUIZ CHÁVEZ TITO LUIS FLORES LOYOLA CONVERSIÓN CERIN LAIZA
AGRAVIADO	: SEGUNDO HERIBERTO CAMPOS CERNA
DELITO	: FALSEDAD DE DOCUMENTO PRIVADO

Sentencia

**Trujillo, veintiocho de diciembre
Del año dos mil nueve**

VISTA Y OIDA; La audiencia de Apelación de Sentencia Absolutoria, por los señores magistrados integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones, Doctor VÍCTOR ALBERTO MARTIN BURGOS MARIÑOS (Presidente y Juez Superior Titular Ponente y Director de Debates), Doctor JUAN RODOLFO SEGUNDO ZAMORA BARBOZA (Juez Superior Titular) y Doctor OSCAR ELIOT ALARCÓN MONTOYA (Juez Superior Titular), en la que intervienen como parte apelante los imputados Isaías Izaguirre Gil, Juan Marcos Palomino Araujo, Confesor Calderón Alfaro, Santos Martina Coronel Vásquez, Olinda Ruiz Chávez, Tito Luis Flores Loyola Y Conversión Cerin Laiza, asesorados por su Abogado Defensor Carlos Ramírez Minchola, así como la doctora LEA GUAYAN HUACCHA, en Representación del Ministerio Público y también el agraviado Segundo Heriberto Campos Cerna, asesorado por su Abogado Defensor doctor Róger Alejandro Morillas Pérez, sin haberse constituido en actor civil.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

Que, viene el presente proceso penal en apelación de la Resolución N° 06, de fecha 03 de agosto de 2009, que contiene la sentencia que a su vez contiene dos extremos: uno condenatorio por delito de falsificación de documento privado y otro absolutorio por delito de utilización de documento privado falso. Siendo motivo de la presente apelación, sólo el extremo condenatorio, por la cual el Juez Ad Quo condena a los acusados Isaías Izaguirre Gil, Juan Marcos Palomino Araujo, Confesor Calderón Alfaro, Santos Martina Coronel Vásquez, Olinda Ruiz Chávez, Tito Luis Flores Loyola Y Conversión Cerin Laiza como autores del delito de falsificación de documento privado en agravio de Segundo Heriberto Campos Cerna, a la pena de dos años de pena privativa de la libertad, suspendida por el plazo de un año, a 180 días multa, el pago de S/. 2,100.00 por reparación civil, con costas. Y, con el apercibimiento de amonestación, prórroga y revocación de la pena suspendida, en caso no cumpla con las reglas de conducta impuestas.

Que, la sentencia en el extremo condenatorio ha sido recurrida por los procesados sentenciados, quienes a través de su Abogado Defensor han sostenido que no existen pruebas suficientes que hayan demostrado la vinculación de ellos, como autores del delito y que las existentes, no han sido valoradas adecuadamente, por lo que solicitan se les absuelvan. El Ministerio Público sostiene en cambio, que en el presente caso existe un supuesto de nulidad insalvable, pues de un lado se ha dado valor probatorio a un testimonio de un testigo con identidad reservada, sin que éste haya sido debidamente incorporado al debate oral, así como el de haberse seguido un proceso penal por delito contra la fe pública, sin considerar al Estado como agraviado, por lo que ante tales hechos, la sentencia y el presente proceso es nulo, y la Sala deberá declararlo en ese sentido.

Que, como efecto de la apelación formulada, la Segunda Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el Ad quo para dictar la sentencia recurrida, y en tal sentido se pronuncia de la siguiente manera:

II. CONSIDERANDOS:

2.1. PREMISA NORMATIVA

Que, el artículo 427° del Código Penal señala expresamente lo siguiente “El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado”.

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.

La nulidad prevista en el artículo 150° inciso d, que señala como causal de nulidad absoluta d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

La Constitución Política del Perú señala en su artículo 139°, que Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 14) el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

La garantía a la doble instancia prevista en el artículo 139°, inciso 6) de la norma antes indicada.

Por su parte el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, señala en lo pertinente al presente caso, lo siguiente:

1. La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.
2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.
3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.
4. Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación...”

Norma concordante con el Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, señala en lo que respecta al presente proceso, lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos... a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en

plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. (...)

2. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.

3. Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación...”

Por su parte CAFFERATA ¹, señala que dentro de todo proceso penal existen garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado, como el de igualdad de armas, defensa, acceso a la Justicia, así como, la imparcialidad e independencia de los jueces, señalando que “Ello requiere que se acuerde tanto a la víctima que reclama investigación y juicio, como al imputado, durante el proceso penal, un trato que será igual, cualquiera sea su condición personal: no puede haber ni privilegios ni discriminación de ninguna naturaleza, ni por ninguna razón, ni durante el proceso, ni en la decisión final. A la vez, cualquiera que sea el sentido que está adopte, deberá ser equitativa e imparcial y fundarse solamente en la prueba y en la ley. Esto exige que no se hagan (ni en la ley ni en la práctica) excepciones personales respecto a la formación o a la prosecución de las causas penales, ni a la posibilidad de intervenir en ellas... Así en lo que respecta al derecho de defensa, señala que “Importa, latu sensu, la posibilidad de cualquier persona de acceder a los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo, así como el de argumentar y demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra”. De lo que se verifica que el derecho de defensa está vinculado con el derecho de igualdad de armas así como el contradictorio, por lo que se requiere el ejercicio de la defensa en plena igualdad, ya que constituye una exigencia ineludible del modelo acusatorio, ya que como está previsto en nuestro Código Procesal Penal se ha recogido una perspectiva amplia del derecho de defensa, pues todas las partes del proceso penal, tienen la garantía constitucional de defensa ² entre las que se encuentra la procuraduría Pública a cargo de la defensa judicial del Estado cuya facultades y competencias se encuentran reguladas por el Decreto Legislativo N°1068, y Reglamentado por el Decreto supremo N° 017-2008-JUS.

Así el Tribunal Constitucional ha señalado que “El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés” STC N°8605-2005-AA/TC. Agregando que “La Constitución, en su artículo 139°, inciso 14, reconoce el derecho a la defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos” STC N°06648-2006-PHC/TC, concluyendo en otro proceso constitucional que “El contenido del derecho de defensa es prohibir toda situación de indefensión en el curso de todo procedimiento” STC N°07324-2005-AA/TC ³.

2.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS:

Que, en la audiencia de apelación de sentencia, no se ha actuado ninguna prueba nueva, los procesados han guardado silencio y además, no se han oralizado pruebas documentales, y es que el debate contradictorio, ha tenido dos posiciones, la del Ministerio Público que ha deducido una nulidad absoluta del proceso penal, y la de la parte imputada, quien ha introducido una tesis de no responsabilidad penal, pero no se ha opuesto

¹ CAFFERATA NORES, José; “Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normatividad supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”; Buenos Aires – Argentina, Editores del Puerto; 2000; S/E; página 23 y ss.

² MAIER, Julio; “Derecho procesal penal argentino”; Tomo I; Buenos Aires – Argentina; Hammurabi, Segunda edición, 1989, página. 307, que señala que el Ministerio Público no posee un derecho a la defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir con su función persecutoria.-

³ Así ha establecido las dimensiones del derecho de defensa, en el siguiente sentido “El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión.” STC N°06260-2005-PHC/TC.-

a la nulidad deducida por la Fiscalía, al señalar que toda apelación conlleva a una revisión de algún vicio procesal, por ello que esta Sala Superior, antes de pasar a realizar el reexamen del juicio de culpabilidad, debe proceder a ponderar si los vicios alegados por el Ministerio Público en la audiencia de apelación de sentencia, son en realidad insalvables, y requieren de la nulidad de la sentencia y del juicio mismo.

La nulidad deducida por el Ministerio Público se sustenta en dos supuestos: que se ha dado valor probatorio a la actuación del testimonio de un testigo con identidad reservada, sin que haya sido previamente identificado, a fin de garantizar su origen; y, el de haberse instaurado un proceso penal por delito contra la fe pública, sin que se haya considerado al Estado como agraviado. Como es de observar, de estas dos causales, la primera se refiere a un posible caso de nulidad en la actuación de una prueba personal, que afectaría la decisión judicial, pero que sin embargo, sólo traería como efecto una nulidad parcial. En cambio, el segundo argumento de nulidad basado en el hecho de que el Estado no ha sido considerado como agraviado en el presente proceso penal seguido por el delito contra la fe pública, resulta ser un argumento de mayor peso, pues al no haberse considerado al Estado como agraviado, se ha generado un vicio procesal insalvable que debe conllevar a la nulidad de lo actuado, por lo que subsumiría el primer argumento de nulidad.

En el presente caso, revisado lo actuado a nivel de investigación preparatoria, se tiene que por Disposición Fiscal N° 1 y 2, se da inicio al presente proceso, por delito contra la Fe Pública (falsificación y utilización de documento falso) en agravio del Estado y de Segundo Heriberto Campos Cerna, sin embargo, en el requerimiento acusatorio N° 27-2009 y en el requerimiento aclaratorio N° 47-2009, la Fiscalía Provincial, omite consignar como agraviado al Estado, considerando únicamente como tal a Segundo Heriberto Campos Cerna-

2.3. ANÁLISIS DEL CASO

Luego de analizado el presente caso, conforme a los hechos expuestos, se advierte con claridad, que el argumento de nulidad de sentencia deducida por el Ministerio Público, por la falta de haber consignado al Estado como agraviado, resulta atendible, pues al no haberse comprendido en el requerimiento fiscal acusatorio, no se le ha podido correr traslado de la acusación, ofrecer pruebas, tampoco se le podido emplazar para el juicio oral, y menos dado oportunidad para poder ejercer su defensa, y apelar incluso de la sentencia en el extremo absolutorio.

Resulta claro que en el presente caso, el bien jurídico tutelado es la fe pública, considerada como un valor abstracto, que significa confianza, creencia fundada en las seguridades o la consideración que algo o alguien inspira, o, la confianza o creencia que cualquier miembro del grupo social tiene en lo que se entrega o muestra, por la certeza que de ello da el Estado, sin duda que al hablar del delito de falsedad, indiferentemente que sea sobre un documento público o privado, el titular del bien jurídico –la fe pública–, sigue siendo el Estado, por ello debió haberse consignado en el requerimiento acusatorio del Ministerio Público. El hecho que el delito contra la fe pública, produzca también un perjuicio a algún particular, permite que dicho particular, también pueda ser considerado como agraviado, pero no resulta posible que se excluya al Estado como tal.

Que, tal como ha quedado probado, se ha seguido un proceso penal con desconocimiento de una de las partes, el Estado, privándola del ejercicio de su legítimo derecho de defensa durante la etapa intermedia y el juicio oral, donde incluso se han dictado decisiones jurisdiccionales perjudiciales a su interés de parte configurándose de esta manera perjuicio irreparable que sustenta la nulidad absoluta deducida. Por ello, esta situación tiene que ser corregida a fin de garantizar la plena vigencia de los derechos y garantías del debido proceso penal, conforme a la causal de nulidad absoluta prevista en el artículo 150 del Código Procesal Penal, inciso d, nulidad que debe comprender y ser extensiva tanto a la sentencia absolutoria como condenatoria, así como el auto de enjuiciamiento, y la audiencia de control de acusación, a fin de que previa devolución que deberá hacer el Juez de Investigación Preparatoria del dictamen acusatorio, el Ministerio Público pueda subsanar la omisión de no haber considerado al Estado como agraviado.

Que, siendo la presente resolución una de carácter anulatoria del proceso, y que no es por consiguiente una resolución que ponga fin al proceso penal, conforme al inciso 1 del artículo 497° del Código Procesal Penal, no procede la imposición de costas procesales en esta instancia.

III. RESOLUCIÓN:

Que, por todas las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas con las reglas de la sana

crítica, y de conformidad con las normas antes señaladas, la SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD POR UNANIMIDAD, **RESUELVE:**

ANULAR la Resolución N° 06, de fecha 03 de agosto de 2009, que contiene la sentencia Absolutoria y Condenatoria, recaída a los acusados ISAÍAS IZAGUIRRE GIL, JUAN MARCOS PALOMINO ARAUJO, CONFESOR CALDERÓN ALFARO, SANTOS MARTINA CORONEL VÁSQUEZ, OLINDA RUIZ CHÁVEZ, TITO LUIS FLORES LOYOLA y CONVERSIÓN CERIN LAIZA, por los delitos de FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO PRIVADO Y UTILIZACIÓN DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO, en agravio de SEGUNDO HERIBERTO CAMPOS CERNA y lo demás que contiene.

ANULAR el auto de enjuiciamiento y la audiencia de control de acusación, del presente caso, a fin de que el Juez de Investigación Preparatoria que sea competente, proceda a devolver el requerimiento fiscal para que se subsane la omisión de considerar al Estado como agraviado.

EXHORTAR a la Fiscalía Provincial de Virú y al señor Juez Penal de Investigación Preparatoria, tengan mayor celo en el cumplimiento de sus funciones, y así evitar nulidades en los procesos penales a su cargo.

SIN COSTAS. Actuó como Juez Ponente y Director de Debates, el Juez Superior Titular, Doctor Víctor Alberto Martín Burgos Mariños.

APELACIÓN DE SENTENCIA:
**SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LAS REGLAS DE CONDUCTA
POR PARTE DEL FISCAL EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN**

"[...] De un modelo de ejecución penal regido por el sistema mixto inquisitivo, caracterizado por el monopolio judicial (control y decisión), se pasa a un modelo de ejecución penal informado por las reglas del sistema acusatorio, en consecuencia, ya no existe un monopolio judicial, sino una separación de funciones, donde el control pasa al Ministerio Público, y la decisión se mantiene en el Juez".

"[...] Si bien se ha citado a la Casación 79-2009, debe de precisarse que dicha jurisprudencia no resulta vinculante, y por tanto no vincula a este órgano jurisdiccional, por lo que expresando nuestro más profundo respeto a dicha instancia, consideramos que en la presente resolución se han expresado argumentos de principio que nos conducen a afirmar que el control de las reglas de conducta impuestas en la presente sentencia condenatoria suspendida, forman parte de la nueva función de supervisión y control que adopta la fiscalía, en la etapa de ejecución de las sentencias, y consiguientemente, la obligación del sentenciado de concurrir al despacho fiscal para registrarse y dar cuenta de sus actos, resulta correcta y debe confirmarse".

Base Legal: NCPP: Arts. X, 29.4°, 488.1°, 488.3°, 489.1°, 489.2°; LOMP: Arts. 95.8°, 95.9°; Cas.: N° 79-2009 - Piura

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SALA PENAL DE APELACIONES DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: N° 03714-2010-1-1601-JR-PE-08
JUECES	: VENTURA CUEVA, CUEVA ZAVALA, BURGOS MARIÑOS
ACUSADO	: JORGE LUIS ÁVILA HUIMAN
AGRAVIADO	: TRACY RAQUEL ÁVILA TERRONES
DELITO	: OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

Resolución N° Ocho
Trujillo, diez de marzo
Del año dos mil once

VISTA Y OÍDA; La audiencia de Apelación de Sentencia condenatoria, por los señores magistrados integrantes de la Tercera Sala Penal de Apelaciones, Doctor MARCO AURELIO VENTURA CUEVA (Presidente), Doctor JORGE LUIS CUEVA ZAVALA (Juez Superior Titular), y Doctor VÍCTOR ALBERTO MARTÍN BURGOS MARIÑOS (Juez Superior Titular, Ponente y Director de Debates) en la que interviene como parte apelante el Ministerio Público, representado por la Dra. Nancy Susana Carbonel Carranza, y el imputado Jorge Luis Ávila Huiman, asesorado por el Dr. Sergio Rufino Benauides Apaça.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

Que, viene el presente proceso penal en apelación de la sentencia conformada, según la resolución número dos del 22 de octubre de 2010, que condena a Jorge Luis Ávila Huiman, como autor del delito de Omisión a la Asistencia Familiar en agravio de Tracy Raquel Ávila Terrones, en el extremo que le impone como regla de conducta a comparecer en forma personal y obligatoria al Despacho del señor Fiscal a informar y justificar sus actividades cada 30 días el último día hábil de cada mes, firmando la ficha respectiva. Que, la sentencia venida en grado ha sido cuestionada a través del recurso de apelación formulado por el Ministerio Público, que sostiene que debe ser el Juez quien realice dicho control, conforme lo establece el Código Procesal Penal y la Sentencia Casatoria N° 79-2009. Por su parte la Defensa ha señalado que no se opone al pedido del Ministerio Público.

Que, como efecto de la apelación formulada, la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el Ad quo para imponer como regla de conducta al sentenciado el deber de comparecer cada 30 días al Fiscal a cargo del caso, y en tal sentido se pronuncia de la siguiente manera:

II. CONSIDERANDOS:
2.1. PREMISA NORMATIVA

Que, el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece el Principio de Prevalencia de

las normas de este Título, señalando que “Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.”

Que, el artículo 488° inciso 3 señala que “Sin perjuicio de lo establecido en los numerales anteriores, corresponde al Ministerio Público el control de la ejecución de las sanciones penales en general, instando las medidas de supervisión y control que correspondan, y formulando al Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos que fueren necesarios para la correcta aplicación de la Ley.”

Que, el Artículo 489° establece como reglas de Ejecución Penal: 1. La ejecución de las sentencias condenatorias firmes, salvo lo dispuesto por el Código de Ejecución Penal respecto de los beneficios penitenciarios, serán de competencia del Juez de la Investigación Preparatoria; y, 2. El Juez de la Investigación Preparatoria está facultado para resolver todos los incidentes que se susciten durante la ejecución de las sanciones establecidas en el numeral anterior. Hará las comunicaciones dispuestas por la Ley y practicará las diligencias necesarias para su debido cumplimiento.

Que, el inciso 4 del artículo 29° establece como competencia de los Juzgados de la Investigación Preparatoria, el “4. Conducir la Etapa Intermedia y la ejecución de la sentencia”.

Según la Casación 79-2009, “...el proceso penal de ejecución, como corresponde a su naturaleza jurisdiccional, está bajo la dirección del órgano jurisdiccional. La ejecución de lo juzgado integra la potestad jurisdiccional, de suerte que, conforme a la garantía de ejecución, que integra el principio de legalidad penal (artículo 2° apartado veinticuatro, literal d) de la Constitución), “...la ejecución de la pena será intervenida judicialmente” – que traduce la idea de control judicial de su cumplimiento- (artículo VI del Título Preliminar del Código Penal). Ello es así en cumplimiento de la garantía judicial de tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° apartado tres de la Constitución), que impone la existencia de un control jurisdiccional sobre toda la fase de ejecución en atención a los derechos e intereses legítimos que pueden ser afectados. El Poder Judicial no puede renunciar a este ámbito del proceso penal, destinado precisamente a la realización judicial de las consecuencias jurídicas, civiles y penales, establecidas en la sentencia firme que se erige en título de ejecución –dar cumplimiento al mandato establecido en la sentencia-, y la forma cómo interviene en este tipo de proceso es la trazada por la Ley ordinaria”; “Que, como regla general, conforme al artículo 29°, apartado cuarto, del nuevo Código Procesal Penal, corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria conducir la ejecución de la sentencia. Esta competencia funcional genérica ha sido ratificada por el artículo 489° del citado Código, que impone al citado Juez la atribución de practicar las diligencias necesarias para la ejecución de las sanciones penales”... “Por otro lado, el artículo 488° del nuevo Código Procesal Penal reconoce los derechos y facultades que tienen las partes en el proceso penal de ejecución. Todas ellas están facultadas para plantear al Juez los requerimientos y observaciones que legalmente correspondan en este ámbito (comprende, como es obvio, la sanción penal, la reparación civil y las consecuencias accesorias impuestas en la sentencia). El apartado tres del indicado precepto impone al Fiscal una atribución adicional: controlar la ejecución de las sanciones penales en general; control que se materializa “...instando las medidas de supervisión y control que correspondan, y formulan al Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos que fueren necesarios para la correcta aplicación de la Ley”. El control a que se refiere el precepto analizado es de carácter externo. El Fiscal, por su condición de ‘guardián de la legalidad’ y titular de la acción penal, tiene injerencia para instar –pedir imperiosamente- medidas de supervisión y control, así como para formular requerimientos en orden a la correcta aplicación de la ley – facultad que a su vez debe concordarse, en lo pertinente, con la Ley Orgánica del Ministerio Público, específicamente el artículo 95°, inciso ocho y nueve-. Como es obvio, sólo insta, esto es, urge la pronta ejecución de una medida determinada, quien es ajeno a la potestad jurisdiccional y, precisamente, la solicitud que corresponda se formula ante el Juez que tiene la competencia funcional que le es propia”.

2.2. PREMISA FÁCTICA

Que, en el presente caso, la apelación planteada por el Ministerio Público se refiere a un extremo administrativo de la sentencia, mediante la cual se impone al imputado como regla de conducta, el asistir cada treinta días a la fiscalía a fin de controlar su asistencia y buena conducta. Y por ser esta materia un aspecto estrictamente de interpretación jurídica, no ha existido actuación probatoria.

Que, la representante del Ministerio Público ha señalado que no debe ser ante el fiscal que se ejerza el control mensual impuesto en la sentencia condenatoria, sino ante el Juez de ejecución, pues sería ilógico que una de las partes como el Ministerio Público ejerza el control de la otra parte. Que, el artículo 488 del Código

Procesal Penal [establece que] la ejecución de la sentencia será a cargo del juez de investigación preparatoria. El Ministerio Público tiene por función controlar la ejecución de la sentencia. La ejecución comprende al Poder Judicial, y el control al Ministerio Público. Además, la Casación N° 79-2009 señala que corresponde al Poder Judicial la ejecución de las sentencias y por lo tanto el control de la asistencia del sentenciado debe ser ante el Juez de ejecución.

Por su parte la Defensa ha sostenido que es indistinto el resultado de la presente audiencia, dado que sobre el fondo la sentencia ha sido consentida, y que el tema apelado es altamente técnico, y denota un conflicto entre el Poder Judicial y el Ministerio Público. Que su patrocinado se viene controlando normalmente ante el Ministerio Público, exhibiendo su cuaderno de control. Que, también debe definirse si el pago de la reparación civil, debe seguir consignándose ante el Ministerio Público, como se viene haciendo, pues ello es también una forma de ejecución de la sentencia.

2.3. ANÁLISIS DEL CASO

La reforma procesal penal y la inclusión del modelo acusatorio a traído cambios importantes al nivel de las prácticas procesales y administrativas. Uno de los cambios sustanciales ha sido la separación de funciones de investigación y joggamiento. Como consecuencia de esta reforma, el Ministerio Público ha asumido la función de dirigir la investigación del delito, así como nuevas atribuciones vinculadas al ejercicio de la acción penal, en tanto que el Juez, asume una función estrictamente jurisdiccional. El Fiscal prepara el caso, reúne las evidencias y luego acusa, llevando el caso al Juez, quien resuelve en audiencia. La reforma también ha generado un cambio sustancial en la des formalización judicial del proceso, pues ahora cada parte organiza su carpeta y sus pruebas, para luego llevarlas a la audiencia y presentarlas al Juez para que decida el caso. Por ejemplo, en el caso de las medidas cautelares personales, que en el viejo modelo eran decididas de oficio, ahora es el Fiscal quien lo requiere al Juez, luego que ha reunido la evidencia suficiente para obtener su aplicación, pues la aplicación de las medidas cautelares guardan relación con la pretensión punitiva a su cargo. Efectivamente, en los casos en los cuales se imponen medidas cautelares con reglas de conducta, el control de su cumplimiento se encomienda al Fiscal a cargo del caso. Como se verá, a consecuencia del Modelo Acusatorio, muchas de las funciones judiciales-administrativas, han pasado ahora a manos del Ministerio Público, con la finalidad de garantizar que los jueces ejerzan una función estrictamente jurisdiccional (decisoria).

La interpretación de las normas referidas a la ejecución de la sentencia debe ser realizada conforme a los principios que rigen el modelo acusatorio, tal como lo estipula el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Para ello también debe de tenerse en cuenta, que la ejecución de sentencias ha sido incorporada al Código Procesal Penal –Sección I del Libro Sexto-, lo que en doctrina se conoce como la judicialización de la ejecución penal. Esto trae como consecuencia, que la ejecución penal deje de ser tratada como una función monopólica del Juez, y pase a ser tratada conforme a las reglas del modelo acusatorio, con separación de funciones, sistema de audiencias, y la garantía de un juez más imparcial. Así lo estipula el artículo 488° inciso 1 “el condenado, el tercero civil y las personas jurídicas afectadas podrán ejercer, durante la ejecución de la sentencia condenatoria, los derechos y facultades que este Código y las Leyes le otorgan”.

Por ello, de un modelo de ejecución penal regido por el sistema mixto inquisitivo, caracterizado por el monopolio judicial (control y decisión), se pasa a un modelo de ejecución penal informado por las reglas del sistema acusatorio, en consecuencia, ya no existe un monopolio judicial, sino una separación de funciones, donde el control pasa al Ministerio Público, y la decisión se mantiene en el Juez. Así se desprende de la norma contenida en el inciso 3 del artículo 488° “Sin perjuicio de lo establecido en los numerales anteriores, corresponde al Ministerio Público el control de la ejecución de las sanciones penales en general, instando las medidas de supervisión y control que correspondan, y formulando al Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos que fueren necesarios para la correcta aplicación de la Ley”. Esta nueva función entregada al Ministerio Público, forma parte de su rol constitucional de titular de la persecución penal, pues el cumplimiento de las penas tienen que ver con la satisfacción real de la pretensión punitiva reconocida en la sentencia condenatoria, por ello en ese marco, el Nuevo Código Procesal Penal reconoce que el Fiscal ejerce el control de la ejecución de las sanciones penales en general.

De acuerdo a esta nueva función, el Fiscal ejerce el control de dos formas: a) instando las medidas de supervisión y control que correspondan, y b) formulando requerimientos al Juez de Investigación Preparatoria. En el primer caso, realiza un conjunto de actos con la finalidad de obligar al sentenciado, mediante las herramientas legales pertinentes, al cumplimiento rápido y eficaz, de las sanciones penales contenidas en la

sentencia condenatoria, y, para ello, el Código le asigna la función de supervisión y control del cumplimiento de las sentencias, labor que lo realiza entre otras formas, haciéndose cargo del control de las reglas de conducta; el segundo es una función requirente que reconoce que las decisiones sobre las diferentes incidencias que se presenten durante la ejecución de la sentencia tienen carácter jurisdiccional, conforme lo estipula la Constitución y las leyes de la materia.

En efecto, según el artículo 489º resulta claro que la ejecución de la sentencia –como etapa– se realiza ante el Juez de la Investigación Preparatoria resolviendo todos los incidentes que se susciten durante la ejecución de las sanciones, lo que es concordante con el inciso 4 del artículo 29º que establece que es el Juez de Investigación Preparatoria el encargado de conducir la ejecución de la sentencia. Estas normas deben interpretarse de acuerdo al modelo acusatorio, a fin de que pueda distinguirse la función contralora y requirente del Ministerio Público, de la función jurisdiccional, y así superar el modelo inquisitivo de la ejecución penal.

Otro aspecto de vital importancia es que el modelo acusatorio de la ejecución penal, separa las funciones entre función de control a cargo del fiscal, y función de decisión a cargo del Juez, brindando mayor eficacia y eficiencia al cumplimiento de las sentencias. La eficacia se encuentra garantizada, al encargarse al Ministerio Público el control y supervisión del cumplimiento de las sentencias por parte de los sentenciados. La eficiencia se manifiesta en que este modelo de separación de roles, genera una separación entre los actos administrativos y los actos jurisdiccionales, que permite optimizar el cumplimiento de la sentencia, desburocratizando esta etapa, generando la pronta satisfacción de las víctimas, así como un ostensible ahorro de tiempo y recursos económicos.

Si bien se ha citado a la Casación 79-2009, debe de precisarse que dicha jurisprudencia no resulta vinculante, y por tanto no vincula a este órgano jurisdiccional, por lo que expresando nuestro más profundo respeto a dicha instancia, consideramos que en la presente resolución se han expresado argumentos de principio que nos conducen a afirmar que el control de las reglas de conducta impuestas en la presente sentencia condenatoria suspendida, forman parte de la nueva función de supervisión y control que adopta la fiscalía, en la etapa de ejecución de las sentencias, y consiguientemente, la obligación del sentenciado de concurrir al despacho fiscal para registrarse y dar cuenta de sus actos, resulta correcta y debe confirmarse.

Que, respecto al hecho mencionado por la Defensa en el sentido que el pago de la reparación y las consignaciones se vienen realizando en el Ministerio Público, también forman parte del proceso de ejecución y la Sala tendría también que pronunciarse al respecto, sin embargo, al no haber sido materia de apelación, la Sala no puede pronunciarse al respecto.

Que, sobre las costas procesales debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 499º del Código Procesal Penal, el Ministerio Público está exento del pago de costas.

III. PARTE RESOLUTIVA

Que, por todas las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, y de conformidad con las normas antes señalada, la TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, POR UNANIMIDAD **HA RESUELTO:**

CONFIRMARON la resolución número dos del 22 de octubre de 2010, que condena a Jorge Luis Ávila Hui-man, como autor del delito de Omisión a la Asistencia Familiar en agravio de Tracy Raquel Ávila Terrones, en el extremo que le impone como regla de conducta a comparecer en forma personal y obligatoria al Despacho del señor Fiscal a informar y justificar sus actividades cada 30 días el último día hábil de cada mes, firmando la ficha respectiva. Sin costas. Actuó como Juez Ponente y Director de Debates, el Juez Superior, Doctor Víctor Alberto Martín Burgos Mariños.

APELACIÓN DE SENTENCIA:**68****NULIDAD POR INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PREVISTOS POR LA CONSTITUCIÓN (MOTIVACIÓN APARENTE)**

"[...] El Tribunal Constitucional ha señalado "que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso".

"[...] En el extremo absolutorio, la Juez Ad Quo incurre en una aparente motivación, que en el fondo nos lleva a verificar que no existe una motivación válida para justificar la decisión absolutoria, hecho que vicia de nulidad, este extremo de la sentencia. Asimismo [...] no otorga credibilidad al relato de los imputados, cuando éstos justifican su conducta o presencia en el lugar de los hechos, pero más adelante, si otorga credibilidad en sus dichos retractatorios que eximen de responsabilidad a su coimputado Gutiérrez Fiestas".

Base Legal: Const: Art. 139.5°; CP: Arts. 24°, 202.2°, 204.2°; NCPP: Arts. 150.d, 158°, 394.3°, 425.2°; STC: Exp. N° 3943-2006-PA/TC

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SALA PENAL DE APELACIONES DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE	: N° 05130-2008-15-1601-JR-PE-03
JUECES	: BURGOS MARIÑOS, ZAMORA BARBOZA, ALARCÓN MONTOYA
ACUSADO	: JORGE LUIS GUTIERREZ FIESTAS
AGRAVIADO	: ROSA ELENA MADRID CAMACHO
DELITO	: USURPACIÓN AGRAVADA-TENTATIVA

Sentencia**Trujillo, diecinueve de abril****Del año dos mil diez**

VISTA Y OIDA; La audiencia de Apelación de Sentencia condenatoria, por los señores magistrados integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones, Doctor VÍCTOR ALBERTO MARTIN BURGOS MARIÑOS (Presidente y Juez Superior Titular, Ponente y Director de Debates), Doctor JUAN RODOLFO SEGUNDO ZAMORA BARBOZA (Juez Superior Titular) y el Doctor OSCAR ELIOT ALARCÓN MONTOYA (Juez Superior Titular); en la que intervienen como parte apelante el Ministerio Público, representado por la Dra. Nelly Logano Ibáñez, el Abogado Defensor del imputado absuelto Jorge Luis Gutiérrez Fiestas, doctor Alfredo Guevara Figueroa, y el Abogado del Actor Civil Dr. Manuel Palacios Navarro.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

Que, viene el presente proceso penal en apelación de la Resolución N° 5, de fecha 26 de agosto de 2009, que contiene la sentencia que en uno de sus extremos absuelve al imputado Jorge Luis Gutiérrez Fiestas, como instigador del delito de usurpación agravada en grado de tentativa, en agravio de Rosa Elena Madrid Camacho.

Que, la sentencia venida en grado ha sido cuestionada a través del recurso de apelación formulado por el Ministerio Público quien en su alegato de apertura ha solicitado que se declare la nulidad de la sentencia en el extremo absolutorio, pues ha existido una indebida valoración de la prueba actuada en el juicio oral.

Por su parte la Defensa sostiene que la Fiscalía no ha podido demostrar el rol de instigador de su patrocinado, por lo que solicita se confirme la sentencia apelada.

Que, como efecto de la apelación formulada, la misma que de acuerdo a la teoría del caso, se cuestiona el juicio de culpabilidad, la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el Ad quo para dictar la sentencia absolutoria recurrida, y en tal sentido, se pronuncia de la siguiente manera:

II. CONSIDERANDOS:

2.1. PREMISA NORMATIVA

Que, los hechos materia del presente debate han sido calificados conforme al inciso 2 del artículo 202 y al inciso 2 del artículo 204 del Código Penal "...el que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble..." "...La pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años cuando: ... intervienen dos o más personas...".

El artículo 24° del Código Penal prescribe: "El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor". La instigación debe ser eficaz, llegando a adquirir trascendencia penal cuando la conducta del instigado sea típica y antijurídica, en virtud del principio de accesoriadad. Asimismo "ha de ser apreciada desde una perspectiva ex ante como la creación de un peligro para un determinado bien jurídico que se realiza en el resultado, en este sentido el autor debe comprender su decisión de manera independiente de la voluntad del instigador (Ver MAZUELOS COELLO, Julio, "La Inducción" En Código penal comentado. Tomo I. Título preliminar. Parte general. Perú – Lima: Gaceta jurídica, p 908 – 934). La instigación se admite como abierta o como encubierta siempre que sirva de estímulo idóneo a la perpetración que se pretende, además, se da la exigencia del llamado doble dolo de la inducción, por el cual el inductor debe haber querido no sólo la realización de la acción, sino la consumación del hecho.

Respecto de la diferencia entre instigación y autoría mediata, se ha de advertir que el instigador solo posee el dominio sobre la decisión adoptada por el autor principal, lo cual es insuficiente para apreciar la autoría mediata que requiere el dominio del hecho. En cuanto a las diferencias entre instigación y coacción, se tiene que el que obra coaccionado lo hace, sin duda, con dolo: coactus voluit, por lo tanto, dominio de la acción para cuya ejecución se lo coacciona y consecuentemente también la posibilidad de obrar de otra manera. Por ello se piensa que el que coacciona será en todo caso inductor, pues ha creado en el autor el dolo, no importando para nada que lo haya hecho mediante coacción o persuasión.

Conforme al tipo penal peruano el instigador debe obrar dolosamente; por lo que resulta admisible el dolo eventual. Efectivamente, "se considera suficiente que, respecto a su probable realización, el agente se haya conformado con que se produzca. En una situación concreta, el agente decide actuar y, entonces, se representa como probable la realización del supuesto de hecho típico", que "el autor habrá obrado con dolo eventual cuando haya sabido que las consecuencias accesorias posibles de su acción no son improbables." (Ver HURTADO POZO, 2005, p 464 y BACIGALUPO, 2004, p 313). Que, cuando una autoridad ideológica o institucional puede determinar a otro a realizar algo, se produce una fuerte forma de instigación. Si el ejecutor puede negarse a cumplir la orden, y ello en virtud de una resolución libre de su voluntad, entonces es que la influencia que está recibiendo a través de esa orden es constitutiva únicamente de inducción. El hombre de detrás detenta un dominio, pero insuficiente para hablar de autoría mediata. No puede haber instigación cuando el ejecutor ya se encuentra resuelto a cometer el hecho. El instigador debe buscarse un autor, debe tomar contacto con él, convencerlo de su plan, vencer su resistencia. El autor mediato, por el contrario, solo necesita dar una orden. El menor grado de desvaloración de la instigación como forma de participación frente a la autoría.

Que, así mismo, tenemos en el Artículo 394° Inciso 03, del Código Procesal Penal, al señalar como un requisito de la sentencia "La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique". Que, en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado "que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso. A juicio del Tribunal, el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado en los siguientes supuestos: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa. c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se

presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resultan manifiestas a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)....”¹.

Que, la doctrina ha señalado que se debe entender por motivación el proceso discursivo en virtud del cual se expresa con suficiencia, claridad y coherencia las razones que se han tenido para tomar una determinada decisión. “Motivar significa justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente, e indicando los fundamentos de la operación que el juez efectúa (FERNANDEZ ENTRALGO)”².- Según Olsen Ghirardi³ se considera que la resolución del juez ha sido fundamentada cuando se muestra, por las expresiones vertidas, que se ha seguido todo un camino -en forma explícita- hasta llegar a una afirmación o negación, con respecto a la conclusión final a la que se ha arribado”. Siendo en este sentido que se ha dicho que la norma consagrada en el inc. 5 del art. 139° de la Ley Fundamental resulta constituyendo una “garantía de garantías”, de carácter instrumental, por tanto, condición sine qua non de la vigencia de las garantías que hemos consignado como las que le otorgan su fundamento material. Se trata de una exigencia que sólo posee naturaleza formal, pero de intenso contenido político-garantista⁴.

Para el cumplimiento del deber constitucional de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, el juzgador debe de manejar adecuadamente: máximas de experiencia⁵, reglas de la lógica y categorías jurídicas. Por contra, la infracción del deber constitucional de motivar las resoluciones se puede dar de cuatro diferentes maneras: Falta absoluta de motivación: Tiene lugar cuando la resolución no expresa el más mínimo (argumento real o aparente) que fundamente la decisión que se toma. Existe una total ausencia de motivación; Motivación aparente: En este caso la resolución aparece prima facie como fundada. El juzgador glosa algunas razones del porqué ha tomado la decisión. Se trata de una motivación aparente porque, en cuanto nos adentramos en la profundidad y razonabilidad de la fundamentación, sin quedarnos sólo en el aspecto formal, se descubre que no existe ningún fundamento⁶; que se han glosado frases que nada dicen (que son vacuas o ambiguas) o que carecen de contenido real (no existen elementos de prueba que las sustenten). Es necesario dejar en claro que la motivación aparente no constituye, en estricto, motivación alguna y no debe ser considerada como una motivación real⁷. Motivación insuficiente: Se incurre en esta infracción cuando se viola el principio lógico de razón suficiente, es decir, se consignan sólo algunos de los argumentos que llevaron a tomar la decisión, pero no todos los que van a generar la convicción⁸. Es necesario dejar en claro que, conforme ha señalado la STC 264/88: “no es exigible una agotadora explicación de los argumentos y razones y que, según el caso, es incluso admisible una fundamentación escueta, pero siempre que de ésta aparezca que la decisión judicial responda a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad”⁹. Motivación incorrecta: Se presenta cuando en el proceso de motivación se infringe las reglas de experiencia o de la lógica, se interpreta o aplica incorrectamente las normas jurídicas, o se recurre a criterios que carecen de cualquier fundamento.

1 EXPEDIENTE N°3943-2006-PA/TC.- Y es el tema de la motivación uno de los que presentan singular importancia en nuestro sistema jurídico penal -y en el jurídico en general- pues si bien es difícil y poco frecuente que los jueces omitan pronunciarse respecto de la finalización del proceso; la falta o pobreza de las motivaciones es uno de los problemas de mayor frecuencia en nuestra judicatura.

2 CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido. “El juicio oral”, en AA. VV. La reforma del proceso penal. Madrid – España: Tecnos, 1990, pág. 201.

3 GHIRARDI, Olsen. “La estructura lógica del razonamiento judicial”, en Derecho y Sociedad N° 13. Lima - Perú: 1998, pág. 231.

4 Cfr. ANDRES IBÁÑEZ, P., op cit., pág. 121.

5 Según Stein, las máximas de experiencia son: “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general destigados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. Cfr. cita ANDRES IBÁÑEZ, P., op cit., pág. 146.

6 FERNANDEZ, Raúl. “Los errores en cogitando en la jurisprudencia cordobesa”, en AA.VV. La naturaleza del razonamiento judicial (El razonamiento débil). Córdoba - Argentina: Atueroni, 1993, pág. 117.

7 GHIRARDI, O., op cit., pág. 231.

8 Conforme señala Cafferata Nores: “El respeto al principio de razón suficiente requiere la demostración de que un enunciado, solo puede ser así y no de otro modo”. Cfr. cita GHIRARDI, O. El razonamiento..., pág. 103.

9 Cfr. cita LÓPEZ BARJA DE QUIROGÁ, J., op cit., pág. 102

2.2. PREMISA FÁCTICA

En la audiencia de apelación, el debate se ha centrado en el hecho de que si hubo o no, elementos de conuición suficientes para absolver al acusado Jorge Luis Gutiérrez Fiestas, o si por lo contrario, habiéndolas, éstas no han sido valoradas por la Juez Ad Quo. Por ello, la Fiscalía cuestiona la sentencia absolutoria, sobre la base de que no se habrían valorado las pruebas que acreditan el delito de usurpación agravada en grado de tentativa, sin embargo, en esta instancia no se han actuado nuevas pruebas, el acusado no ha declarado, y no se han oralizado pruebas documentales, por ello se hace necesario realizar un reexamen de las pruebas actuadas en el juicio oral, con las limitaciones que tiene la Sala, respecto a las pruebas personales.

Para el Ministerio Público ha quedado probado que el 24 de agosto de 2008, a las 0.30 horas, los acusados Bobadilla, Vásquez Rodríguez y Vidal Angulo, se aproximaron al inmueble de la urb. Santo domingo. Luego ingresan a desalojar a la agraviada, por lo que se arma un conato, una de las hijas huye para pedir auxilio, luego llega la policía, y varios huyen, logrando capturar a los procesados. Estos declaran haber sido contratados por Gutiérrez Fiestas, ya que en realidad fueron contratados por Fernando Bobadilla, quien dirigía el grupo, ya que Gutiérrez Fiestas había contratado a este para que contrate gente, para hacer esta chambita. Su declaración en juicio no tiene credibilidad, pues ahí se retractan y dicen no conocer a Gutiérrez Fiestas. Además no se tiene en cuenta que al inicio expresan estar indignados, pues al ver a la policía, el abogado Gutiérrez Fiestas ha huido. Los intervenidos en sus declaraciones previas, sindicaron a Gutiérrez Fiestas, como quien les contrato, pero en juicio lo niegan. Ubican el teléfono de Gutiérrez Fiestas, y lo llama. Esto fue filmado y grabado. Además, uno de los imputados ya lo conoce por que le viene haciendo trabajos de albañilería en la casa del abogado. De acuerdo a ello, si se han introducido elementos probatorios en el juicio oral, que vinculan al acusado, pero que no han sido valorados por la juez del caso, por lo que solicita la nulidad de la sentencia en el extremo absolutorio.

En la audiencia de apelación la Defensa ha sostenido que “La sentencia si se encuentra arreglada a ley, pues según la acusación, sería autor mediato o instigador del hecho, y no que sea autor o coautor. Además, no hay nuevas pruebas de la Fiscalía. La Juez tuvo a la vista por la intermediación a todas las pruebas personales, y en esta audiencia de apelación no hay pruebas personales, ni intermediación. Que, es falsa la afirmación de la Fiscalía, pues los procesados no dicen con claridad que haya sido Jorge Luis Gutiérrez Fiestas, tan solo dijeron que era un tal Fiestas. En juicio sostienen que no conocen a Jorge Luis Fiestas. Los policías intervinientes dicen en sus declaraciones que no pueden precisar que quien haya contratado sea Gutiérrez Fiestas. La policía, también señala que fue un tal Fiestas. Respecto al video, solo se aprecia que Armando Bobadilla, no tenía el teléfono de Gutiérrez Fiestas, donde se comunica con terceras personas, para que le den el teléfono de Fiestas, para luego llamar, y reclamarle porque le dejo solo. Pero no se puede determinar con quien estaba hablando. Ni afirmar que haya sido Gutiérrez Fiestas, que en realidad fue Bobadilla quien los contrato para hacer el trabajo, y por el cual le iba a pagarles 50 soles, mas no Gutiérrez Fiestas.

2.3. ANÁLISIS DEL CASO

Que, en el presente caso no se han actuado nuevas pruebas ni se han oralizado documentos, por lo que no ha existido mayor debate probatorio, tampoco se ha contado con la declaración del imputado, quien no concurrió a la audiencia de apelación, pese a estar debidamente notificado, siendo representado únicamente por su Abogado. Por lo que para resolver la apelación se tendrá que realizar un reexamen de los hechos y pruebas actuadas y discutidas en juicio oral, con las limitaciones propias que exige el principio de intermediación, respecto a la valoración de las pruebas personales, limitación contenida en el artículo 425° inciso 2 .

Revisado el audio y la sentencia de primera instancia, ha quedado probado de forma suficiente, la comisión del delito de usurpación agravada en grado de tentativa, cometido por los imputados Nelson Mauricio Vásquez Rodríguez y Walter Hugo Vidal Angulo, en agravio de Rosa Elena Madrid Camacho, conducta realizada la madrugada del 25 de agosto de 2008, en el inmueble de la agraviada, sito en la calle Sérvulo Gutiérrez N° 452 Urbanización Santo Dominguito, en la que los imputados antes mencionados, junto con otras personas no identificadas, irrumpieron en dicho inmueble, causando destrozos y logrando sacar las cosas de la agraviada a la calle, pero gracias a la rápida intervención policial, se pudo evitar la consumación del delito y la captura de los dos procesados, quienes han sido condenados, habiendo quedado consentida dicha sentencia. Además, en la sentencia, este punto se encuentra motivado adecuadamente.

Sin embargo, en el extremo absolutorio, la Juez Ad Quo incurre en una aparente motivación, que en el fondo nos lleva a verificar que no existe una motivación válida para justificar la decisión absolutoria, hecho que

icia de nulidad, este extremo de la sentencia. Asimismo se observa, que la Juez Ad Quo no otorga credibilidad al relato de los imputados, cuando éstos justifican su conducta o presencia en el lugar de los hechos, pero más adelante, si otorga credibilidad en sus dichos retractatorios que eximen de responsabilidad a su coimputado Gutiérrez Fiestas.

Efectivamente, en la sentencia apelada por el Ministerio Público, no se verifica la existencia de una motivación clara sobre por qué la Juez Ad Quo, atribuye valor probatorio a la retractación que hacen los imputados sentenciados, respecto a la participación de Jorge Luis Gutiérrez Fiestas, cuando, en su línea de razonamiento, más adelante, sostiene que sus declaraciones no tienen credibilidad, para eximir su propia responsabilidad en los hechos. La Juez Ad Quo, sustenta la absolución en un caso de duda razonable, sin embargo, no existe fundamentación de la duda razonable, pues no hace una descripción explícita de los hechos y las pruebas de cargo y de descargo, que compulsada de forma objetiva y bajo las reglas del artículo 158° del Código Procesal Penal, le conducen a dicha convicción. En la sentencia, la Juez acude sólo al uso de la expresión de "declaraciones contradictorias" de los coimputados, para justificar su situación de duda, y no se advierte que efectivamente exista una valoración conjunta y de forma explícita de las pruebas de cargo y descargo. De esta manera, se verifica una infracción al deber de motivación de las sentencias, infracción que se sanciona con la nulidad prevista en el artículo 150° inciso d) "A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución", por lo que la sentencia deberá anulada en este extremo.

Que, respecto a las costas procesales, según el artículo 497° del Código Procesal Penal, 1) "toda decisión que ponga fin al proceso penal o la que resuelva un incidente...establecerá quien debe soportar las costas del proceso", y como quiera que en este caso, se trata de una sentencia que no pone fin al proceso, pues se trata de una nulidad, deberá eximirse de Costas. Además, respecto a la parte apelante, al tratarse del Ministerio Público, existe una expresa dispensa al pago de costas, prevista en el artículo 499°.

III. PARTE RESOLUTIVA

Que, por todas las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, y de conformidad con las normas antes señalada, la SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, POR UNANIMIDAD **HA RESUELTO:**

ANULARON la Resolución N° 5, de fecha 26 de agosto de 2009, EN EL EXTREMO que absuelve a Jorge Luis Gutiérrez Fiestas, como instigador del delito de usurpación agravada en grado de tentativa, en agravio de Rosa Elena Madrid Camacho. **DISPUSIERON**, se proceda a emitir nueva sentencia previo juicio oral, por Juez competente. Sin costas en esta instancia. Actuó como Juez Superior Ponente y Director de Debates, el Doctor Víctor Alberto Martín Burgos Mariños.

APELACIÓN DE SENTENCIA:**69****PREVARICATO FRENTE A LA INDEBIDA APLICACIÓN DE UN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN UN DELITO COMETIDO POR FUNCIONARIO PÚBLICO**

"[...] Resulta evidente que el acusado tenía como objetivo archivar, de cualquier forma, la causa y así se lo ordenó al servidor Leoncio Amador Sencie Puescas, tal como ambos lo han admitido en el juicio oral. Fue dicho servidor quien proyectó la disposición fiscal y pese a que éste le advirtió, luego de consultar con su compañera de trabajo, la servidora Isabel Mercedes Endara Salas, que la disposición estaba mal por cuanto no podía aplicarse la norma legal relacionada con el Principio de Oportunidad al caso concreto al ser el denunciado un funcionario público, en ese entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, le contestó de mala manera que él era el Fiscal y que procediera como se lo había ordenado".

Base Legal: CP: Arts. 36.1º, 36.2º, 57º, 377º, 418º; NCPP: Arts. 2º, 2.1º, 2.6º, 64º

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MOQUEGUA
SALA PENAL DE APELACIONES DE MOQUEGUA**

EXPEDIENTE	: 69-2010-62-2801-SP-PE-01-SECUENCIAL SALA N° 62-2010-62
JUECES	: SALINAS MENDOZA, NAJAR PINEDA
VOTO EN DISCORDIA	: DE AMAT PERALTA
MINISTERIO PÚBLICO	: PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL
ACUSADO	: FLORES CASTILLO JORGE CESAR
AGRAVIADO	: EL ESTADO PERUANO
ESPECIALISTA	: VÍCTOR DAVID CUELLAR SALAS
DELITO	: PREVARICATO

Resolución N° Diez
Moquegua, treinta de junio
Del año dos mil once

VISTOS Y OIDOS:**PRIMERO: El Iter Procesal:**

En Audiencia oral pública, realizada en la Sala de Audiencias de la Sala Penal de Moquegua por los integrantes de la Sala Especial, conformada por Resolución de Presidencia de Corte, Señores Alfredo Salinas Mendoza, quien la preside y dirige el debate, Jorge de Amat Peralta y Rodolfo Sócrates Nájara Pineda, en el proceso de la referencia seguido en contra de Jorge César Flores Castillo -identificado con Documento Nacional de Identidad N° 07623645, nacido en el distrito de Belén, Provincia Sucre, Departamento de Ayacucho, casado, abogado, nombre de su padre Ramón y nombre de su madre Inés- por delito Contra la Función Jurisdiccional en la modalidad de Prevaricato en agravio del Estado, aparece que se emitió, el doce de febrero de dos mil diez, la Disposición Fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria Número 01-2010, así como la Disposición Fiscal que dio por concluida la investigación preparatoria, número 3-2010, del diez de agosto de dos mil diez. Con fecha veinticuatro de agosto de dos mil diez se presenta Requerimiento Fiscal de Acusación, corrido el traslado de ley, el veintidós de marzo de dos mil once se realiza Audiencia de Control de Acusación, emitiéndose el Auto de Enjuiciamiento el veintidós de marzo de dos mil once. Con fecha veintinueve de marzo de dos mil once se emite el Auto de Citación a Juicio disponiéndose además la formación del expediente judicial. Finalmente, luego de diversas reprogramaciones se dio inicio al juicio oral el 23 de junio de 2011, desarrollado en una sesión, cerrado el debate, se culminó, previa deliberación en sesión secreta, con la lectura la parte dispositiva del fallo relatándose sintéticamente los fundamentos que motivaron la decisión, anunciándose para el 30 de junio de 2011, a las nueve horas, la fecha para la lectura íntegra de la sentencia siendo éste el estado del proceso.

SEGUNDO: Los Cargos:

El Ministerio Público a través de su acusación imputa el siguiente cargo en contra del acusado Jorge César Flores Castillo: Que en su calidad de Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Mixta de General Sánchez Cerro – Omate dictó la Disposición Fiscal N° 01-2008-MP-FPMGSC. de fecha dieciséis de junio de dos mil ocho, en la carpeta fiscal N° 122-2008, en la cual, sobre la base de un escrito de desistimiento presentado por Luis Eduardo Linares Soncco en el Proceso de Cumplimiento N° 2008-04-04-0901-JXC, seguido en contra

de los miembros del Concejo Municipal de General Sánchez Cerro, aplicó el principio de oportunidad, absteiniéndose de ejercitar la acción penal contra el Alcalde Provincial de General Sánchez Cerro, Mauricio José Nina Juárez, por el delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, en abierta contravención al artículo 2 del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957, que excluye de los supuestos de oportunidad los casos en que el agente es un funcionario público. Asimismo, aplicó indebidamente lo dispuesto en el artículo 2.6 de la citada norma, cuando en ella no se encuentra consignada en forma expresa el delito de incumplimiento de deberes funcionales. En conclusión, este delito que fue materia de abstención del ejercicio de la acción penal por parte del imputado no encuadraba manifiestamente en ningún extremo del contenido del artículo 2 del Código Procesal Penal.

El Ministerio Público solicita la imposición de pena privativa de la libertad de cuatro años y dos meses, pena de inhabilitación por igual tiempo que la pena principal, lapso en el cual el procesado quedará impedido para obtener mandato, cargo empleo o comisión de carácter público; así como una reparación civil de dos mil nuevos soles a favor del agraviado El Estado.

TERCERO: Los Descargos:

Al declarar en juicio oral, el acusado manifestó lo siguiente: Al interrogatorio del Señor Fiscal Superior: Que fue designado Fiscal Provincial en la Provincia General Sánchez Cerro mas o menos en febrero de dos mil ocho, que estuvo en el cargo hasta el tres de julio de dos mil ocho, que es abogado desde mil novecientos noventa y siete, que presentó documento a la Fiscalía de la Nación, con currículum vitae para acceder al cargo, tiene estudios de doctorado en derecho, dos semestres, estudios de maestría en derecho penal culminados, ha sido policía durante treinta años, cuenta con estudios de Derecho, quechua, ingresó a la academia de práctica forense con nota dieciocho, formó parte de las comisiones de ética, criminalística y penal militar en el Colegio de Abogados de Lima, que se le consideró apto para ser fiscal evaluando su currículum. Que cuando asume el cargo encuentra cerca de trescientos expedientes, dentro de éstos llega el expediente en copia certificadas en el que el señor Linares Sonco presenta desistimiento ante el juzgado de Omate, el doce de mayo de dos mil ocho y a la fiscalía presenta desistimiento el trece de mayo de dos mil ocho. El Juzgado Mixto remite copias certificadas incompletas, ese proceso es contra el alcalde de Sánchez Cerro, Acción de Cumplimiento, al analizar el desistimiento se abstiene, además el denunciante no votó en las elecciones, es por el desistimiento y por error material que colocó el artículo dos, el documento lo confecciona el señor Sencie, él revisaba pero como no fue capacitado en el nuevo Código Procesal Penal, colocó dicho artículo pero no aplicó el principio de oportunidad para el que se requiere un procedimiento que no se cumplió, el Código Procesal Penal recién se experimentaba y tenía carga procesal, leyó los antecedentes y calificó la Disposición, no se le pasó por la cabeza aplicar el Principio de Oportunidad, su edad era de sesenta años y nació en mil novecientos cuarenta y ocho.

Al interrogatorio de la defensa indicó que cursó estudios de doctorado por un año y maestría penal dos años en la Universidad Inca Garcilazo de la Vega, que el denunciado era Mauricio Nina y el agraviado Luis Linares Soncco, la Disposición Fiscal fue debidamente notificada y no fue impugnada, que conocía la directiva sobre aplicación del principio de oportunidad, pero no la aplicó al caso, pero hubo un error material que no se dio cuenta al firmar por la carga procesal, que el Ministerio Público no lo capacitó sobre el nuevo Código Procesal Penal, ni hizo pasantías, que por su cuenta participó en cursillos. Considera que no podía ejercitar la acción penal, y el denunciante no podía denunciar porque no votó, lamenta haber aceptado el cargo de Fiscal.

Interrogado por los miembros del colegiado, en vía de aclaración, contestó: Que en Lima no estuvo vigente el nuevo Código Procesal Penal, sólo sabía la teoría del mismo, tenía conocimientos generales sobre el principio de oportunidad, siguió un curso en Tacna. Que sabía que no podía aplicar principio de oportunidad en casos de delitos contra la Administración Pública, no consignó en la disposición que archivaba el caso porque el denunciante no votó y éste se desistió. Por estos hechos fue sancionado con amonestación que no impugnó porque no quería saber nada de la fiscalía, quedó hipertenso por su edad y recarga de trabajo. La amonestación fue por aplicar el Principio de Oportunidad, que aplicó antes en dos o tres casos dicho Principio, que los técnicos ayudaban por la carga procesal y no revisó bien la disposición fiscal que fue proyectada por el señor Sencie y aparece en la misma las iniciales de éste.

CUARTO: Prueba Actuada en Juicio Oral:

En el transcurso de los debates orales se ha incorporado como prueba de cargo la siguiente, teniéndose en cuenta que no se actuó prueba de descargo por no haber sido ofrecida:

A.- Testimonial de Leoncio Amador Sencie Puescas, quien, al ser interrogado por el Señor Fiscal Superior dijo: Que trabaja en la Fiscalía de la Provincia de General Sánchez Cerro y veinticinco años en el Ministerio Público, no recuerda el número de la carpeta, recuerda la carpeta con copias certificadas remitida por el Juzgado Mixto de Omate, esa carpeta el Fiscal se la asignó a él, ante ello presentó un proyecto y se lo dejó, no pudo ver si leyó el proyecto, su compañera de trabajo hizo observaciones porque no podía archivar esa carpeta, eso le comunicó al fiscal quien le dijo quién es el fiscal, quién firma tú o yo. Su amiga fue, no recuerda si fueron los dos juntos, y le contestó lo mismo y luego se procede a notificar a Linares, al Alcalde y al Procurador de la Municipalidad, no al Procurador Anticorrupción, no se interpuso recurso impugnativo, desconoce si el Fiscal fue o no sancionado por este hecho. Contra interrogado por la defensa dijo: Que el Fiscal le entregó la carpeta para que proyecte el archivo, Isabel le dijo que eso no se podía hacer. La indicación en el Post-it era señor Sencie: Archivo y el Fiscal le dijo archívalo, el Fiscal le ordenó: hay desistimiento archívalo. El post-it era desechado una vez cumplida la indicación, tenía quinto de secundaria, proyectó la disposición en base a modelos, que verbalmente le dijo hay desistimiento. La carpeta fiscal se le entregó ese día y le dijo al Fiscal que no se podía archivar, que se basó en formatos para proyectar la disposición, que su compañera una vez firmada la disposición habló con el fiscal y éste le contestó lo mismo. Como carga en la fiscalía había aproximadamente cien carpetas y tres eran los fiscales cuando ocurrieron los hechos.

B.- Testimonial de Isabel Mercedes Endara Sarras, quien, al ser interrogada por el Señor Fiscal Superior dijo: que en junio de 2008 laboraba en la Fiscalía de General Sánchez Cerro, que se recibió un oficio del Poder Judicial con copias certificadas, luego ingresa un escrito de Linares Sonco de desistimiento y luego el señor Sencie elabora una Disposición de Archivo. Le dijo al señor Sencie que la Disposición estaba mal y fue a decirle al Fiscal y sólo levantó los hombros luego fue ella y le dijo que no se podía hacer abstención de la acción penal, que no era aplicable el artículo dos, le contestó tú no eres el fiscal sino yo, el fiscal los gritaba; no era mucha carga, esta se repartía entre los fiscales adjuntos, el señor Sencie y su persona, el Fiscal sólo ponía los Posit, fue con la disposición ante el Fiscal, y éste le dijo quién es el Fiscal tú o yo. No se notificó la Disposición al Procurador municipal o al Procurador Anticorrupción por error, cree que apeló un señor de Omate, el caso se siguió por el fiscal López Sotelo; no fue sancionada por éstos hechos. Contra interrogada por la Defensa dijo: que es colegiada desde mayo de 2009, y al momento de los hechos era Bachiller en Derecho, que no se aplicó Principio de Oportunidad antes de emitir la Disposición y que la Fiscalía era Mixta. Preguntada por los miembros del colegioado para aclaraciones dijo: que no podía abstenerse de la acción por tratarse de un delito contra el Estado en cuyo caso no podía aplicarse el artículo segundo del Código Procesal Penal sobre Principio de Oportunidad.

C.- Disposición Fiscal N° L-2008-MP-FPMGSC.

D.- Escrito Sumillado: "Adjunta Documento" presentado por Luis Eduardo Linares Soncco.

E.- Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 215-2008-MP-FN, del quince de febrero de dos mil ocho.

F.- Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 910-2008-MP-FN, del tres de julio de dos mil ocho.

G.- Oficio N° 3400-2010-MP-PJST-DJM y copias del currículum vitae del acusado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: HECHOS PROBADOS:

1.- Con la pluralidad de pruebas incorporadas válidamente al proceso se ha logrado acreditar que: el acusado fue nombrado como Fiscal Provincial Provisional del Distrito Judicial de Moquegua, en el despacho de la Fiscalía Provincial Mixta de la provincia General Sánchez Cerro, el quince de febrero de dos mil ocho. Ello consta en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 215-2008-MP-FN.

2.- Que, por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 910-2008-MP-FN, del tres de julio de dos mil ocho se dio por concluido el nombramiento del acusado como Fiscal Provincial Provisional del Distrito Judicial de Moquegua y su designación en el despacho de la Fiscalía Provincial Mixta de General Sánchez Cerro.

3.- Que, en el ejercicio de sus funciones como Fiscal Provincial Provisional el acusado emitió la Disposición Fiscal N° 01-2008-MP-FPMGSC, del dieciséis de junio de dos mil ocho, en la que se dispone la Abstención

de la Acción Penal contra Mauricio José Nina Juárez, por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Incumplimiento de Actos Funcionales en agravio de Luis Eduardo Linares Sonco, ordenándose el archivo definitivo de los actuados.

4.- Que dicha Disposición Fiscal se sustentó en el artículo 2º, inciso 6, del Código Procesal Penal y en atención, según se precisa en ella, al escrito presentado por el denunciante Luis Alberto Linares Sonco y a que éste solicitó mediante escrito el archivo de la causa. Ello se acredita, del texto de la propia disposición fiscal, y del escrito presentado por el denunciante ante la Fiscalía Provincial Mixta de Sánchez Cerro, en la que comunica y solicita el archivo de los antecedentes.

5.- Que, la citada Disposición Fiscal fue “proyectada” por el servidor técnico Leoncio Amador Sencie Puestas, por orden del acusado, tal como consta en la parte final de la misma en donde aparecen sus iniciales, y tal como ha sido precisado por el referido servidor al prestar declaración testimonial y por el propio acusado al declarar en juicio oral reconociendo éste que la forma de trabajo que implementó consistía en poner en cada carpeta fiscal una indicación escrita en post-it, en los que colocaba la acción a realizar en cada caso por cada uno de los servidores a quienes repartía las carpetas fiscales.

6.- Que, la referida Disposición Fiscal se emite en la carpeta fiscal N° 122-2008, la que se origina por la remisión por parte del Juez del Juzgado Mixto de General Sánchez Cerro de copia de certificadas del expediente N° 2008-04-0901-JXC, iniciado, a su vez, por demanda presentada por Luis Eduardo Linares Sonco, acción judicial destinada a que se cumpla con declarar la vacancia del regidor de la Municipalidad General Sánchez Cerro-Omate, Fermín Ricardo Condori Leon, por tener en su contra un proceso con sentencia. Ello se acredita por el propio texto de la Disposición Fiscal corroborado por el acusado al ser examinado en el juicio oral y por la testigo Isabel Mercedes Endara Sarras.

7.- Que además el acusado fue advertido por los servidores Leoncio Amador Sencie Puestas y Isabel Mercedes Endara Sarras, de la ilegalidad de la Disposición Fiscal N° 01-2008-MP-FPMGSC, antes de la notificación de la misma.

8.- Que el acusado presentó su hoja de vida para ser considerado en el cargo de Fiscal Provincial en la que consta que cuenta con estudios de post grado en Derecho, maestría concluida y doctorado en Derecho por concluir, además de ser docente a nivel secundario e incluso universitario, y haber realizado una serie de cursos de capacitación, con experiencia en el ejercicio de la profesión de abogado e integrante de las comisiones de Ética, Derecho Penal Privativo Militar y Criminalística del Colegio de Abogados de Lima, corroborando tal hoja de vida el ser examinado.

SEGUNDO: EL TIPO PENAL DE PREVARICATO:

El artículo 418º del Código Penal se refiere al delito de Prevaricato y en él se precisa que: “El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.

Este delito solo es posible a título de dolo, “bastando la voluntad rectora del agente con total independencia del móvil que lo impulsa”. Es además un “delito de mera actividad” cuya consumación del hecho ilícito “ocurre en el mismo instante en que el agente dicta resolución o emite dictamen contrario al texto expreso y claro de la ley...resultando irrelevante en la configuración del tipo el que la acción dolosa del agente cause o no un daño efectivo”. “El bien jurídico tutelado es la legalidad en el ejercicio de la actividad de la administración de justicia, la confianza en el ejercicio de la potestad judicial rectorados por los principio del Estado de Derecho”¹.

En el presente caso el Ministerio Público imputa al acusado la comisión, como autor, del delito de Prevaricato, bajo el verbo rector “emitir dictamen”. Corresponde, por tanto, analizar si este tipo penal se ha cometido.

TERCERO: JUICIO DE SUBSUNCIÓN:

Los hechos acreditados se subsumen en el tipo penal de Prevaricato pues el acusado en su condición de Fiscal Provisional de la Provincia de General Sánchez Cerro, del Distrito Judicial de Moquegua, emitió la

¹ En HUGO ALVAREZ, JORGE B., “Delitos Contra la Administración de Justicia”, Gaceta Jurídica, Primera Edición- Lima 2004, Págs. 260, 261 y 267.

disposición fiscal Número 01-2008-MP-FPMGSC en la que, aplicando el artículo 2º inciso 6 del Código Procesal Penal, dispuso la Abstención del Ejercicio de la Acción Penal contra Mauricio José Nina Juárez, en ese momento Alcalde Provincial, por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Incumplimiento de Actos Funcionales en agravio de Luis Eduardo Linares Sonco, ordenando el archivo definitivo de los actuados.

Tal Disposición Fiscal es manifiestamente contraria al texto expreso del artículo 2 inciso 6 del Código Procesal Penal. Dicho texto es el siguiente: “Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122°, 185°, 187°, 189- A Primer Párrafo, 190°, 191°, 192°, 193°, 196°, 198°, 205°, 215° del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito, salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos concurren el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3)”.

En el primer considerando de la Disposición Fiscal cuestionada se precisa: “Que, según el artículo 2º inciso 6 del Código Procesal Penal y en atención al escrito presentado por el denunciante Luis Eduardo Linares Sonco, este Ministerio Público de oficio o a pedido del denunciante y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal, cuando aquel la hubiere solicitado”.

Como puede advertirse, el artículo 2.6 del Código Procesal Penal no tiene el texto que en la Disposición Fiscal pretende dársele. Por el contrario, esta norma legal se refiere al acuerdo reparatorio que procede de oficio previa propuesta a imputado y víctima, quedando claro que si el imputado no concurre a la segunda citación del Fiscal éste promoverá la acción penal. Por lo demás, este acuerdo reparatorio sólo procede en los casos taxativamente señalados en el texto del artículo 2.6 del Código Adjetivo y en ninguno de ellos se contempla el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Incumplimiento de Actos Funcionales, previsto en principio, en el artículo 377º del Código Penal.

Por lo demás, el artículo 2.1º del Código Procesal Penal que regula el principio de oportunidad, que en nuestro país es reglado, establece que “El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal, en cualquiera de los siguientes casos:...”. Estos son en los delitos en donde el agente haya sido afectado gravemente con las consecuencias de su delito y la pena resulte innecesaria, delitos que no comprometan gravemente el interés público con excepción de los que hubieren sido cometidos por funcionario público en el ejercicio del cargo o delitos conocidos como de bagatela con la misma excepción del caso anterior.

Lo cierto es que, resulta evidente que el acusado tenía como objetivo archivar, de cualquier forma, la causa y así se lo ordenó al servidor Leoncio Amador Sencie Puestas, tal como ambos lo han admitido en el juicio oral. Fue dicho servidor quien proyectó la Disposición Fiscal y pese a que éste le advirtió, luego de consultar con su compañera de trabajo la servidora Isabel Mercedes Endara Salas, que la Disposición estaba mal por cuanto no podía aplicarse la norma legal relacionada con el Principio de Oportunidad al caso concreto al ser el denunciado un funcionario público, en ese entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, le contestó de mala manera que él era el Fiscal y que procediera como se lo había ordenado. Por otro lado, la propia servidora Endara Salas ha declarado que antes de notificar la mencionada Disposición Fiscal habló con el acusado reiterándole que no podía aplicarse el principio de oportunidad al caso pues el denunciado era un funcionario público o, éste le contestó de similar manera que a su compañero, ante lo cual procedió a notificar tal Disposición.

Si bien el acusado ha negado haber sido advertido de la incorrección de la Disposición Fiscal que emitió, consideramos que las declaraciones testimoniales – sometidas al rigor del examen y contra examen - de Leoncio Amador Sencie Puestas e Isabel Mercedes Endara Salas, Técnico y Asistente Administrativo respectivamente, del despacho fiscal de la Provincia de General Sánchez Cerro al momento de ocurridos los hechos, son coherentes, consistentes, sólidas y coincidentes en lo medular: el acusado mantuvo persistentemente su decisión de archivar liminarmente los actuados utilizando una norma legal no aplicable al caso a fin de intentar dotar de fundamento jurídico a la decisión, conociendo perfectamente que los hechos de la denuncia o remisión de copias certificadas por parte del Juez Mixto de la Provincia a su despacho no se subsumían

en dicha norma, esto es, el artículo 2 inciso 6 del Código Procesal Penal, habiendo tenido, en todo caso, la oportunidad de revisar su decisión y variarla con arreglo a derecho, pero, en el ejercicio de su voluntad, optó por no hacerlo; en tal sentido, la tesis de la defensa acerca de que el acusado habría cometido un error al emitir y fundamentar la Disposición Fiscal o que no haya recibido capacitación en materia del proceso penal, como basamento para justificar la conducta ilícita, carece de sustento fáctico y debe desestimarse.

CUARTO: Consideramos, en consecuencia, que los elementos objetivo y subjetivo del ilícito están debidamente acreditados, es decir, el acusado en su condición de Fiscal Provincial emitió una Disposición Fiscal, prevista en el artículo 64 del Código Procesal Penal, manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley. Asimismo, el elemento subjetivo, es decir, el dolo con el que procedió se acredita palmariamente pues de manera conciente y voluntaria emitió la citada Disposición Fiscal a pesar de estar advertido que no podía archivarse la causa por medio de la aplicación del artículo 2 inciso 6 del texto legal precitado. Por tanto, resulta ser que la conducta del acusado es típica, antijurídica y culpable pues no concurren causas de justificación o que eximan de responsabilidad y, por consiguiente, debe ser sancionada, recordándose que un Estado de Derecho no es admisible la impunidad.

QUINTO: DETERMINACIÓN DE LA PENA A IMPONER:

El delito de Prevaricato tiene conminada la pena no menor de tres ni mayor de cinco años de pena privativa de la libertad e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2 del Código Penal.

El artículo 46 del Código Penal establece que para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido considerando especialmente: que la acción cometida atenta contra el buen desenvolvimiento de la administración de justicia, que para realigar la acción se empleó los medios concedidos por el Estado para el normal desarrollo de las acciones de las Fiscalías, esto es, personal, infraestructura y logística, que los deberes infringidos son considerables pues todo magistrado debe motivar adecuadamente sus decisiones conforme a Derecho lo que no sucedió en éste caso, que el daño causado al bien jurídico protegido es considerable, que en la provincia de General Sánchez Cerro el Fiscal Provincial es quien representa al Ministerio Público, que la acción se ha desarrollado en el local de la Fiscalía, que el fin del acusado era archivar una causa de manera liminar sin recordar que se trataba de un caso relevante en el que se encontraba involucrado en ese entonces el Alcalde Provincial, que la acción fue desarrollada por el acusado quien tenía 60 años de edad, con un nivel de educación superior al promedio pues ostenta estudios de maestría concluidos y de doctorado en Derecho por concluir, empero no actualizados pues el último data del año dos mil tres y quien no aparece haya tenido una situación económica restringida y que éste se desenvuolvió en un medio académico adecuado integrando comisiones consultivas en el Colegio de Abogados de Lima, debe también considerarse que no ha existido reparación del daño, que el acusado persiste en que su conducta fue producto de un error y por falta de capacitación y que tiene la condición de primario. Finalmente, en el curso de acto oral se ha podido apreciar que el acusado no estaba actualizado en el conocimiento legal, ello por considerar que una denuncia penal se puede archivar por no haber votado en las elecciones el denunciante, que su entorno personal y profesional antes de concurrir a la provincia alto andina de General Sánchez Cerro estuvo en la ciudad de Lima y que en definitiva no es propenso al trabajo en equipo lo que le impidió desarrollar sus labores con eficiencia y eficacia, tal como se colige de su declaración así como de la testimoniales depuestas en las que se admite un trato inadecuado entre quienes laboraban en la Fiscalía. En tal sentido al concurrir estas circunstancias estimamos que es posible imponer el extremo mínimo de la pena conminada, en calidad de suspendida, pues se reúnen los requisitos exigidos en el artículo 57 del Código Penal para este efecto.

En cuanto a la pena de inhabilitación, al aplicarse el extremo mínimo de la pena privativa de la libertad conminada, correspondería aplicar el extremo mínimo conminado para la inhabilitación, sin embargo, los factores expuestos relacionados con la conducta del acusado y el conocimiento personal de éste originado en el juicio oral, permiten que se imponga el extremo medio.

SEXTO: DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL:

Los artículos 92, 93 y 101 del Código Penal precisan que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena y comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios, y la misma se rige además por las disposiciones pertinentes del Código Civil. En el presente caso, el daño causado no es cuantificable pues se trata de que el normal desenvolvimiento de la administración de justicia se ha visto perjudicado al emitirse una disposición ilegal, y por otro lado, no obra

en el proceso prueba que cuantifique éste daño, razón por la cual debe optarse por fijar prudencialmente el monto de la reparación civil en aplicación del artículo 1332 del Código Civil.

SÉTIMO: LAS COSTAS:

El artículo 500.1 del Código Procesal Penal señala que las costas será impuestas al imputado cuando sea declarado culpable, razón por la cual estas deben señalarse apreciándose que no existen causas para eximir su pago.

Por lo que, examinados los hechos y las pruebas incorporadas válidamente al proceso, con criterio de conciencia, administrando justicia a nombre de la Nación, por mayoría:

FALLAMOS:

PRIMERO: Condenando a JORGE CESAR FLORES CASTILLO, cuyos datos de identificación se detallan en la parte expositiva de la presente, como autor y responsable del delito Contra la Función Jurisdiccional en la modalidad de Prevaricato en agravo del Estado, y como tal le imponemos **TRES** años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de DOS años, quedando el sentenciado sujeto a las siguientes reglas de conducta: Primero: Prohibición de frecuentar lugares de dudosa reputación. Segundo: No ausentarse del lugar donde reside sin autorización de la autoridad judicial. Tercero: Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado cada sesenta días para informar sus actividades. Cuarto: Reparar el daño ocasionado por el delito, salvo que demuestre que se encuentra en imposibilidad de hacerlo. Quinto: No tener en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito. Todo bajo apercibimiento de aplicarse lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal ante el incumplimiento de las reglas de conducta.

SEGUNDO: Imponemos al sentenciado la pena de INHABILITACION por el término de DOS años, consistente en Privación de la función o cargo que ejercía el sentenciado e Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

TERCERO: Disponemos que el sentenciado abone por concepto de REPARACION CIVIL a favor del agraviado EL ESTADO, la suma de mil nuevos soles y el pago de COSTAS.

CUARTO: Disponemos que consentida y/o ejecutoriada la presente se cursen los boletines de condena al Registro Central de Condenas de la Corte Suprema de Justicia de la República y a las demás autoridades para fines de registro y archivo. Juez Superior ponente señor Alfredo Salinas Mendoza. Tómese razón y hágase saber.

S.S.

SALINAS MENDOZA
NAJAR PINEDA

EL ESPECIALISTA LEGAL DE AUDIENCIAS DE LA SALA PENAL DE APELACIONES DE MOQUEGUA QUE SUSCRIBE, HACE CONSTAR QUE EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR JORGE ALBERTO DE AMAT PERALTA, ES COMO SIGUE:

Moquegua, treinta de junio
Del año dos mil once.

Expreso mi voto discordante con el fallo condenatorio acordado por mayoría, pues considero que el hecho incriminado, interpretado con criterio restrictivo y exhaustivo, no constituye acto de subversión contra el Derecho; por lo que mi moción considera que debió decretarse la absolución en base a los siguientes fundamentos:

PRIMERO: A modo de premisa es menester recordar que la misión de administrar justicia debe sujetarse a los dictados del Estado Constitucional de Derecho, ser conforme a la ley y a la Constitución Política, así como al propósito de alcanzar un sano sentimiento de justicia en concordancia con los intereses de la comunidad.

En el delito de Prevaricato previsto en el art. 418 del Código Penal se hace referencia a una conducta que exterioriza un quehacer funcional que desprestigia la labor jurisdiccional o fiscal, debilitando la confianza de la sociedad en el sistema jurídico en su conjunto. En el actual proceso, se imputa al acusado la modalidad de prevaricato de derecho por contravenir el art. 2 del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Asimismo resulta capital considerar que la perspectiva político criminal en el delito de prevaricato se asienta en un basamento plenamente justificado, perfilando la intervención punitiva en dos frentes: Primero, como herramienta de protección de la vigencia efectiva del orden jurídico, en sentido material y no formal; y segundo, como mecanismo de interdicción a todo uso de arbitrariedad pública, asegurando que las resoluciones judiciales expresen la justicia que buscan legítimamente las partes en el proceso.

Por otro lado, de acuerdo con PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, el bien jurídico objeto de protección en esta figura delictiva, comprende un doble plano conceptual: a) el deber del magistrado de no resolver de forma antijurídica, es decir, de someter sus decisiones jurisdiccionales al amparo estricto del ordenamiento jurídico; y b) la seguridad jurídica que debe revestir la administración de justicia en el Estado de Derecho, como una forma de garantizar la vigencia fáctica del ordenamiento jurídico.

Asimismo, según FRISANCHO APARICIO, citado por Peña Cabrera Freyre en su artículo publicado en Gaceta Penal Tomo 22, el bien jurídico tutelado mediante la figura de prevaricato es la legalidad en el ejercicio de la actividad de administrar justicia y asimismo, la confianza de que el ejercicio de la potestad judicial se guíe de acuerdo a los principios del Estado de Derecho.

En tal sentido, sin mucha dificultad, se puede interpretar que más que un ataque contra la ley, la prevaricación consiste en una lesión al ordenamiento jurídico (a las leyes, más que a una ley), a la seguridad jurídica y al Estado de Derecho. En tal perspectiva, en el presente caso particular, resulta inesquiable preguntarnos: —¿la conducta imputada al magistrado fiscal procesado es contraria al ordenamiento jurídico y al Estado de Derecho, es antijurídica, es arbitraria o no? Dicho en otros términos, es tema principal analizar si el hecho de emitir una disposición fiscal de archivamiento de una denuncia o notitia criminis es contraria al Derecho o no? Para ello es preciso hacer hincapié en que dicha contradicción con el Derecho debe verificarse no sólo al interior de la propia disposición, sino teniendo como parámetros de calificación la totalidad o integridad del ordenamiento jurídico, pues sólo así resultará antijurídica o arbitraria.

TERCERO: En suma, considero que es tarea del juzgador reflexionar más allá de una mera subsumción en base a los propios términos de la disposición fiscal, sino en relación al Derecho Procesal todo, dado que la norma presuntamente infringida a título de delito (el art. 2 del Código Procesal Penal), es de orden adjetiva y no material. A fin de cuentas, la interrogante se traduce en determinar si el archivamiento de la denuncia o noticia del delito, o la abstención del ejercicio de la acción penal (que vienen a ser lo mismo) están prohibidas por el Derecho Procesal Penal, entendido éste como el ordenamiento jurídico o baremo de legalidad.

CUARTO: La respuesta a tal pregunta de rigor es a todas luces negativa, toda vez que es incontestable que el Ministerio Público tiene facultad para archivar una denuncia luego de una calificación, con o sin diligencias preliminares, tal y conforme lo autoriza la ley en el art. 334.1 del Código Procesal Penal. Por cuya virtud, no puede afirmarse que el hecho imputado contravenga el ordenamiento jurídico o la legalidad, pues es un acto de autoridad formalmente permitido, independientemente de la razón o fundamento de mérito o de fondo [acertado o no, como ser el valor otorgado al desistimiento de Luis Linares Soncco] por ser tema ajeno a la imputación fiscal [la acusación persigue sancionar al Fiscal Provincial por la indebida aplicación del art. 2 CPP, mas no por merituar el desistimiento de Linares Soncco]. En consecuencia, la decisión final de archivar y de no promover la acción penal no constituye conducta fiscal antijurídica o manifiestamente arbitraria.

Entonces, más que una indebida aplicación del susodicho art. 2 del código adjetivo, se trata de una indebida cita de dicho numeral, lo cual se puede apreciar con mayor claridad si aplicamos el método de supresión hipotética, es decir, si se extrae del texto de la disposición fiscal Nro. 01-2008-MP-FPMGSC el citado art. 2 del Código Procesal Penal, podremos darnos cuenta que el sentido de la decisión subsiste por no contrariar el Derecho, habida cuenta que el ya acotado art. 334.1 lo permite de manera indubitante como una posibilidad ante una denuncia abiertamente infundada. En conclusión, si se reemplaza el art. 2 y su texto, por el art. 334.1 del Código Procesal Penal, la disposición fiscal de archivamiento, o bajo el nomen iuris de abstención del ejercicio de la acción penal [consecuencias sinónimas, con el agregado que según los testigos de cargo la voluntad del imputado era archivar el caso, antes que aplicar el criterio de oportunidad], resulta exactamente arreglada a Derecho, a la legalidad y a las facultades constitucionales otorgadas al Ministerio Público en el art. 159° de la Constitución Política consonante con su Ley Orgánica. En ese orden de ideas, soy del criterio que los hechos incriminados, tal y cual han sido consignados en la acusación no tienen contenido penal, por lo que no es del caso apelar al Derecho Penal por estar reservado éste para los casos más graves que acontecen en una sociedad, esto es, aquellos que producen ámbitos insoportables de convivencia a tono

con los principios de Derecho Penal de Ultima Ratio, Carácter fragmentario y de Mínima Intervención del Derecho Penal, que gobiernan la actividad punitiva del Estado.

QUINTO: Además, desde un ángulo procedimental, debe prestarse especial atención al hecho que en rigor, no puede afirmarse que el fiscal imputado haya aplicado el Principio de Oportunidad, por cuanto éste constituye todo un procedimiento que no se reduce a una mera declaración de archivamiento, sino que debe ser precedida de una convocatoria a audiencia o citación con fines de arribar a un acuerdo conforme a los incisos 3 y 4 del art. 2 del Código Procesal Penal, además de no haberse especificado ningún acápite de los tres (a, b y c) que contempla el inciso primero del mismo; trámite que no se ha llevado a cabo, y mucho menos se ha promovido un acuerdo reparatorio (modalidad independiente al principio de oportunidad propiamente dicho) donde la negociación del resarcimiento es la nota característica. En tal sentido, no existiendo el procedimiento necesariamente previo, no es propio ni técnico sostener que se aplicó el principio de oportunidad.

SEXTO: A mayor hondura respecto a que la conducta prevaricadora es con respecto al Derecho (a la legalidad o a las leyes) y a la institucionalidad democrática, pues entra en franca incompatibilidad o contradicción con el orden jurídico, más que contra una ley determinada, es útil preguntarse a modo de ejemplo: ¿comete Prevaricato el Fiscal Provincial que dictamina el sobreseimiento de un proceso invocando el art. 344.2 inciso a (porque consideró que el hecho no se realizó), cuando el Poder Judicial resuelve el sobreseimiento por la causal del inciso b) (referida a la atipicidad)? o ¿comete prevaricato el juez que absuelve invocando el in dubio pro reo, cuando el superior confirma la absolución por atipicidad? En estos casos se puede visualizar que la decisión -de sobreseimiento- se mantiene incólume, pues lo único que varía es el fundamento jurídico o la ley aplicable, como en el presente caso en concreto, donde la disposición como ordenanza final sobrevive merced al ordenamiento jurídico, a pesar de haberse citado indebidamente una determinada ley, que sólo es un componente, mas no el ordenamiento jurídico todo.

SÉTIMO: En cuanto a la prueba del dolo, para lo cual el Ministerio Público ha presentado testigos, considero que habiendo el suscrito concluido en la atipicidad objetiva de los hechos, carece de objeto ingresar al análisis de dicho componente subjetivo del tipo.

OCTAVO: Finalmente, considero que no se puede cerrar los ojos ante la deficiente técnica de argumentación contenida en la motivación de la disposición fiscal incriminada, empero ello constituye anomalía extraña al ámbito de protección del Derecho Penal, sino más bien irregularidad susceptible de responsabilidad administrativa.

NOVENO: No es menos importante añadir que la figura de la prevaricación, catalogada como delito de mera actividad y por tanto como delito de peligro abstracto requiere de una valoración ex-ante que permita determinar su riesgo potencial, a efectos de detectar su relevancia jurídico-penal, a propósito del Principio de Lesividad consagrado en el art. IV del Título Preliminar del Código Penal. En el caso sub-judice, reitero que la decisión o disposición de archivamiento en sede fiscal y en fase preliminar no lesiona ni amenaza ni subvierte los valores que inspiran el ordenamiento jurídico; por tanto no existe posibilidad alguna de lesión al Derecho ni al normal servicio estatal de administración de justicia.

Por cuyas razones, basadas en los principios citados supra, considero que los hechos materia de juzgamiento carecen de contenido penal; por tanto no constituyen delito, y de conformidad con el Art. 398.1º del Código Procesal Penal, debió decretarse de la absolución del acusado.

En consecuencia, **MI VOTO** es por:

ABSOLVER al acusado JORGE CESAR FLORES CASTILLO de los cargos por delito de Prevaricato en agravio del Estado, archivándose definitivamente los de la materia, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que tenga lugar.

DE AMAT PERALTA.

70

APELACIÓN DE SENTENCIA:**NO PROCEDE LA NULIDAD DEL JUICIO FRENTE A LA INACCIÓN Y CONFORMIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO**

"[...] Lo cierto es que, declarar la nulidad del juicio oral por esta omisión generada por el Juez de Investigación Preparatoria, director de la etapa intermedia del proceso penal (al no haber oficiado para la remisión del expediente, una vez admitido) y consolidada por el Juez de Juggamiento quien declaró improcedente se solicite su remisión contando para ello con la inacción de la representante del Ministerio Público quien manifestó su conformidad con dicha improcedencia, únicamente conseguiría hacer transitar innecesariamente a este proceso por el camino de un nuevo juicio oral y sin posibilidad alguna de éxito para la parte acusadora, toda vez que ésta ha reconocido en la audiencia de apelación que no cuenta con medio probatorio idóneo para acreditar el comportamiento típico".

"[...] En consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado no constituye la respuesta adecuada a los fines del presente proceso penal y siendo así, debe confirmarse la apelada".

Base Legal: CP: Art. 385°; NCPP: Arts. 150.d, 155.4°, 376.1°, 385.2°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MOQUEGUA
SALA PENAL DE APELACIONES DE MOQUEGUA**

EXPEDIENTE	: 00117-2011-0-2801-SP-PE-01-SECUENCIAL SALA N° 2010-2011-0
JUECES	: SALINAS MENDOZA, DE AMAT PERALTA, LAURA ESPINOZA
MINISTERIO PÚBLICO	: FISCALÍA CORPORATIVA DE INVESTIGACION DE ILO
ACUSADO	: LINARES DANCE, CARLOS
AGRAVIADO	: ESTADO
ESPECIALISTA	: VÍCTOR DAVID CUELLAR SALAS
DELITO	: PATROCINIO ILEGAL

**Resolución N° Cuatro
Ilo, dos de setiembre
Del año dos mil once****VISTOS Y OIDOS:**

El recurso de apelación interpuesto por Yolanda Miriam Martínez Ríos, Fiscal Adjunta al Provincial del Primer Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ilo, en contra de la sentencia que Absuelve a Carlos Fidel Linares Dance, de la acusación fiscal en su contra por delito de Patrocinio Ilegal en agravio del Estado.

En la audiencia de apelación el Fiscal Superior precisó que en su condición de Director Regional de Transportes, el imputado patrocinó ilegalmente como abogado a la Empresa de Transportes Cruz del Sur, que estaba impedido para ello pues era funcionario público. Que el año dos mil siete se produjo el asesoramiento y hay actuaciones judiciales del años dos mil ocho que demuestran que asesoraba a la referida empresa siendo que es el tres de junio de dos mil ocho cuando asume el cargo de Director Regional.

En su alegato final solicitó la nulidad del juicio oral en atención a que el Juez dispuso se prescindiera de la remisión del expediente judicial ofrecido. Señaló que el artículo 385.2 del Código Procesal Penal autoriza al Juez para que excepcionalmente pueda solicitar dicho expediente y al no haberse observado el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva la sentencia adolece de nulidad al haberse vulnerado también el principio de motivación.

El abogado defensor indicó que el imputado no se ha valido de su condición de funcionario público para patrocinar a la Empresa Cruz del Sur y además al no haber prueba de ello debe absolversele. Concluyó indicando que la Fiscal dijo estar de acuerdo con la prescindencia del medio probatorio y tampoco el Ministerio Público solicitó la actuación de nueva prueba ni menos lo ha hecho en esta superior instancia.

Con lo debatido inmediatamente después de la sesión de audiencia y lo obrante en los de la materia; y,

CONSIDERANDO:**PRIMERO.- IMPUTACIÓN FISCAL**

En la imprecisa acusación fiscal se imputa a Carlos Linares Dance, ejercer el cargo de Director Regional de Transportes desde junio de dos mil ocho, y simultáneamente desempeñarse como abogado defensor de la Empresa de Transportes “Cruz del Sur”, patrocinando indebidamente todos los procesos judiciales que esta empresa tiene en la ciudad de Ilo, como es el expediente No. 221-2007-0-2802-JM-CI-02, tramitado ante el Segundo Juzgado Mixto de la Provincia de Ilo y que estaría aprovechando el cargo de Director Regional de Transportes para favorecer a las grandes Empresas de Transporte Interprovincial.

SEGUNDO.- LOS HECHOS

Con la prueba incorporada válidamente en el juicio oral se ha logrado establecer que el imputado fue designado por Resolución Ejecutiva Regional Número 603-2008-GR/MOQ, del tres de junio de dos mil ocho, en el cargo de confianza de Director Regional de Transportes y Comunicaciones del Gobierno Regional de Moquegua.

El Imputado hizo uso de su derecho a no declarar; sin embargo, este prestó declaración ante el Fiscal, y si bien el Juez no le advirtió que era posible leer sus anteriores declaraciones, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 376.1 del Código Procesal Penal, resulta que de la misma es viable colegir, evitando un resultado disvalioso del proceso, que suscribió escrito dirigido al Juzgado Mixto de Ilo, en el Expediente No. 221-2007 el primero de junio de dos mil nueve, agregando en su defensa que dicho proceso no tiene relación con el Gobierno Regional ni con la Dirección de Transportes.

De la copias de actuados judiciales, específicamente del escrito presentado ante el Juez del Segundo Juzgado Mixto de Ilo, el doce de mayo de dos mil ocho y de la resolución número trece del diecinueve de mayo de dos mil ocho, del citado expediente No. 221-2007, se desprende que dicho proceso tiene como parte demandante a Jorge Luis Huapaya Rojas y como parte demandada a La Empresa de Transportes Cruz del Sur SAC. Y como abogado patrocinante en la primera fecha al imputado.

Empero, no existe prueba idónea alguna que permita acreditar, no sólo que el imputado haya patrocinado como abogado a La Empresa de transportes Cruz del Sur, en la época en que se desempeñaba como Director Regional de Transportes y Comunicaciones de Moquegua sino que, como exige el tipo penal previsto en el artículo 385 del Código Penal, el que se haya valido de su calidad de funcionario público para patrocinar intereses particulares ante la administración de justicia.

En efecto, en este tipo penal, se requiere, como comportamiento típico, el Valerse del Cargo: “El agente, conocedor de su condición especial, utiliza tendenciosamente o abusa de sus calidades en el orden social para privilegiar a sus favorecidos, los cuales tienen que ser necesariamente particulares... En suma, valerse del cargo es hacer prevalecer la calidad e investidura poseída (privilegios y posesionamientos, jerarquía, rango o relaciones), para presionar ante los órganos y agentes de la administración pública a favor de terceros”.¹

TERCERO.- DE LA NULIDAD DE ACTUADOS

El Fiscal Superior ha fundamentado que en el presente caso se ha incurrido en vicio de nulidad insalvable al no haberse incorporado como prueba el expediente judicial No. 221-2007-0-2802, sobre indemnización de daños y perjuicios seguido por Jorge Luis Huapaya Rojas en contra de la empresa de transportes Cruz del Sur S.A.C. tramitado ante el Juzgado Mixto de Ilo.

En tal sentido, si bien en principio debió incorporarse dicho medio probatorio para ser actuado en juicio oral, y al no haberse hecho así se habría incurrido en nulidad, lo cierto es que, declarar la nulidad del juicio oral por esta omisión generada por el Juez de Investigación Preparatoria, director de la etapa intermedia del proceso penal (al no haber oficiado para la remisión del expediente, una vez admitido) y consolidada por el Juez de Juggamiento quien declaró improcedente se solicite su remisión contando para ello con la inacción de la representante del Ministerio Público quien manifestó su conformidad con dicha improcedencia, únicamente conseguiría hacer transitar innecesariamente a este proceso por el camino de un nuevo juicio oral, por su naturaleza complejo y oneroso, inconducente y sin posibilidad alguna de éxito para la parte acusadora toda

¹ ROJAS VARGAS, FIDEL. “Delitos Contra la Administración Pública”, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima 2002, Pág. 295.

vez que ésta ha reconocido en la audiencia de apelación que no cuenta con medio probatorio idóneo para acreditar el comportamiento típico consistente en el prevalimiento del cargo de funcionario público y el contar con el expediente judicial sólo acreditaría el patrocinio de intereses particulares ante la administración de justicia, segundo elemento del tipo. Se hace pues, excepcionalmente, conforme al artículo 155.4 del Código Procesal Penal, un juicio de pertinencia a fin de establecer si el medio de prueba cuya actuación se ha omitido resultaría relevante para demostrar la teoría del caso de la Fiscalía concluyéndose que el mismo no demostraría que el imputado haya utilizado o abusado de sus calidades de Director Regional de Transportes y Comunicaciones para privilegiar a la empresa de transportes que patrocinó como abogado. En consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado no constituye la respuesta adecuada a los fines del presente proceso penal y siendo así, debe confirmarse la apelada.

Por estos fundamentos,

RESOLVIERON:

CONFIRMAR la sentencia apelada, su fecha quince de junio de dos mil once, que absuelve a Carlos Fidel Linares Dance de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de Patrocinio Ilegal en agravio del Estado y lo demás que contiene. Juez Superior ponente Alfredo Salinas Mendoza.



APELACIÓN DE SENTENCIA: NULIDAD FRENTE A LA INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS CONTENIDOS POR LA CONSTITUCIÓN (DEFICIENTE E INCOHERENTE MOTIVACIÓN)

"[...] En tal sentido, y al constatarse que además de incumplirse con el requisito de valorar la prueba actuada primero individualmente y luego en forma conjunta se evidencia deficiente e incoherente motivación en la sentencia, inobservándose lo dispuesto en el artículo 139º numeral 5 de la Constitución.....por lo que corresponde en consecuencia, en aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 425º.3 a), concordante con el artículo 150º d) del Código Procesal Penal declarar la nulidad de la sentencia apelada".

Base Legal: Const.: Art. 139.5º; NCPP: Arts. 150.d, 393.2º, 425.3.a

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MOQUEGUA SALA PENAL DE APELACIONES DE MOQUEGUA

EXPEDIENTE	: 00171-2010-5-JR-PE-01 - SECUENCIAL SALA Nº 193-2011-5
JUECES	: SALINAS MENDOZA, DE AMAT PERALTA, LAURA ESPINOZA
MINISTERIO PÚBLICO	: FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE MARISCAL NIETO
ACUSADO	: ASCUÑA CHAVERA, ADALBERTO EMIGDIO MARTINEZ PEÑALOZA, WILBERT
AGRAVIADO	: ZEBALLOS ZEBALLOS FRANCO LAZARO
ESPECIALISTA	: VÍCTOR DAVID CUELLAR SALAS
DELITO	: CHANTAJE

**Resolución Nº Seis
Moquegua, once de agosto
Del año dos mil once**

VISTOS Y OIDOS:

El recurso de apelación interpuesto por Erick Álvaro Quiroz Logada, Fiscal Provincial del Primer Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto, en contra de la sentencia que absuelve a Adalberto Emigdio Ascuña Chavera y Wilbert Martínez Peñaloga de la acusación fiscal en su contra por delito contra el patrimonio en la modalidad de Chantaje en agravio de Franco Lázaro Zeballos Zeballos, solicitando se revoque la misma y se dicte sentencia condenatoria.

Examinado el imputado Martínez Peñaloga indicó desempeñarse como reportero de radio Studio 97, que tenía amistad con el agraviado, que el primero de mayo de dos mil diez estuvo en el sector Estuquiña con su coimputado y de allí los dos se fueron a su domicilio a eso de las seis de la tarde, hasta que fueron al grifo municipal a la once o doce de la noche. Que conversó con Adalberto sobre una supuesta violación y de ahí lo llaman a Franco para consultarle, lo saludó y le dijo qué ha pasado con el tema de la violación, le dijo que estaba con Adalberto y le contestó que quería hablar urgente con él. Que Fabio fue a su domicilio en una camioneta. Que fueron al grifo a las doce porque a esa hora los llamó Franco. En las llamadas telefónicas hechas Franco le dijo que quería conversar con Adalberto. Cree que Franco estaba molesto por las publicaciones hechas y que éste salió a recibirlos y le dijo Ascuña quiere conversar contigo. Que tenía buenas relaciones con Lázaro e incluso le hacía publicidad, que como reportero gana aproximadamente seiscientos nuevos soles, que estaba a cuatro metros del grifo cuando ocurrieron los hechos.

El imputado Ascuña Chavera dijo ser periodista hace treinta y cinco años, que en mayo de dos mil diez trabajaba como director editor del diario La Región. Que antes de mayo de dos mil diez no tenía amistad ni relación con el agraviado, que ha hecho diversas publicaciones en contra del agraviado, y ha sido un crítico de su gestión y labores. El primero de mayo de dos mil diez bebió licor en una Chacra de Estuquiña hasta las seis y treinta de la tarde y luego bebió en casa de Martínez. Éste recibió llamadas pero no sabe de quiénes ni porqué. El treinta de abril el agraviado mandó un emisario y le dijo con ese no quiero hablar y el mismo día le dijo no hablo con ese.... Accede a reunirse con el agraviado por haber bebido licor. Recuerda haber llegado, entrado, rechazado el dinero diciéndole eso de qué es y le bota el dinero. Deja el dinero en la mesa y dice esto de qué es, le contestó no lo tomes a mal es de una publicidad y luego entra la policía, no recuerda si guarda el dinero por su estado de embriaguez. Anteriormente le advirtieron que tenga cuidado con el agraviado porque era una persona mala. El motivo de la reunión era para conversar, limar asperezas

y publicidad a futuro. Franco le dijo ya pues hasta cuándo me atacas y le contestó que de eso no hablaba en ese momento pues había bebido, que no recibiría dinero si hubiese estado sobrio.

Con lo debatido inmediatamente después de la audiencia y lo obrante en el expediente judicial; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- LA IMPUTACIÓN FISCAL:

En la acusación fiscal se endilga a los imputados Wilbert Pablo Martínez Peñaloga y Adalberto Emigdio Ascuña Chavera que el primero de mayo de dos mil diez, aprovechando que ambos se desempeñaban como periodistas en la ciudad de Moquegua tomaron la decisión conjunta de obligar a Franco Lázaro Zeballos a que les entregara dinero, amenazándolo que tenían un documento incriminatorio que lo perjudicaría en la investigación penal de violación sexual que se seguía en su contra. Con tal objeto Martínez Peñaloga, a las veinte horas con ocho minutos, entabló comunicación vía telefónica con el agraviado a quien le hizo conocimiento que se encontraba en compañía del “periodista Ascuña del diario La Región” (editor del diario que había publicado la noticia de la violación), requiriéndole la entrega de dos mil nuevos soles a cambio de no dar a conocer el atestado policial y una declaración en su contra referidos al proceso de violación sexual. El periodista “Ascuña” era el imputado Ascuña Chavera. Sucediéndose desde esos instantes varias llamadas telefónicas entre estos, en donde Martínez Peñaloga incluso llamó al testigo Favio Noé Medina Valdivia, entrevistándose este último con Martínez Peñaloga y Ascuña Chavera, los cuales hicieron conocer al testigo sus pretensiones. Por tal hecho, el agraviado compelido por el miedo se dirigió a la Policía a entablar la denuncia a las veintidós horas con quince minutos. Acto seguido, se llevó a cabo el acto de revelación del delito con participación de la Policía y el Ministerio Público y a las veintidós horas con cincuenta y ocho minutos se procedió a fotocopiar y certificar diez billetes de igual denominación de cien nuevos soles, con sus respectivos números de serie. A las veintitrés horas con dieciocho minutos acuerdan el agraviado y los imputados que la entrega del dinero requerido sería en la oficina de administración del grifo municipal ubicada en la avenida Balta con veinticinco de noviembre sin número a donde se dirigirían los imputados. En el lugar Ascuña Chavera ingresó a la oficina a recoger el dinero esperando en los exteriores Martínez Peñaloga. En esas circunstancias el agraviado entrega mil soles a Ascuña Chavera, guardándose el dinero en el bolsillo izquierdo delantero del pantalón, diciéndole que ya no lo iba a tocar, momentos en los que se produce el operativo a las veintitrés horas con treinta minutos.

SEGUNDO.- ANALISIS DE LA SENTENCIA APELADA:

El juez Aquo al momento de compulsar la prueba actuada en juicio oral, en el considerando primero de la apelada examina la declaración del agraviado y la declaración del testigo Favio Noe Medina Valdivia, concluyendo de ambas que “...se puede apreciar verosimilitud en la imputación...” a pesar de la vinculación de este último con el primero. Posteriormente examina las declaraciones de tres miembros de la Policía Nacional y concluye que lo expresado por éstos “...refuerza la verosimilitud de la imputación y se corroboran con el acta de fotocopia y certificación de billetes...”. Por otro lado, al valorar las declaraciones de los testigos Manuel Emilio Liendo Duarte, Lidia Abigail Cutipa Llanos y Fredy Farfán Valverde no llega a ninguna conclusión. Empero, con respecto a la audición y visualización del video del operativo policial fiscal, se considera que éste acredita la “posesión del dinero” por parte del imputado Ascuña. Se concluye asimismo que existen publicaciones en el diario La Región el veintiocho de enero y el diecisiete de marzo en donde se menciona el nombre del agraviado “...situación distinta en la publicación de 30 de abril de 2008, en cuya página 9, sólo se dice de la denuncia la hizo una joven que señaló a dueño de una conocida discoteca y directivo de Cobresol”, (sic) que a juicio del Juez aquo “...ciertamente puede ser utilizado como indicio para concluir que la finalidad era chantajearlo, para no publicar la nota periodística completa, y comprar un silencio”. Finalmente se precisa que respecto al reporte de llamadas alcanzado por la empresa de telefonía “...no obstante por no haber explicitado los códigos utilizados, no se puede colegir que se trate de las comunicaciones del agraviado Franco Zeballos y el acusado Wilbert Martínez”.

TERCERO.- Ante ello, en la sentencia se arriba a la conclusión que “...no se alcanza certeza que señale que el dinero recibido sea producto de un chantaje y esté destinado a comprar el silencio de Adalberto Chavera”. (sic)

Como puede apreciarse, el Juez de primera instancia no ha cumplido adecuadamente con lo dispuesto en el artículo 393.2 del Código Procesal Penal pues no ha examinado la prueba actuada, primero individualmente

y luego conjuntamente con las demás.

En efecto, en la sentencia no se ha hecho análisis de la prueba actuada de manera individual, ni menos conjuntamente, específicamente en relación a las declaraciones de los testigos Liendo Duarte Cutipa Llanos y Farfán Valverde, quienes habrían presenciado hechos precedentes, acaecidos el treinta de mayo en la oficinas del diario La Región y que guardan estrecha relación con los acontecidos el primero de mayo.

Por otro lado, en relación a las llamadas telefónicas hechas el día primero de mayo de dos mil diez, por el hecho de no haberse “explicitado los códigos utilizados”, el Juez encuentra la imposibilidad de determinar si las comunicaciones se realizaron entre agraviado y el imputado Martínez, subterfugio técnico que no es admisible pues se cuenta en el proceso con el dato cierto acerca de los números telefónicos de ambos, lo que permitiría determinar sus comunicaciones, sobre todo, el día de los hechos. En este sentido, el Juez sí ha dado valor probatorio al acta de lectura de memoria del dos de mayo de dos mil diez del teléfono celular del agraviado, con precisión del número, en la que se da cuenta que este realizó una llamada el citado día al imputado Martínez; sin embargo, este valor no es considerado para efectos de establecer las llamadas del día primero de mayo de dos mil diez.

Tampoco se han meritado las circunstancias de la intervención policial ni el comportamiento posterior de los imputados en referencia a dicha intervención que se desprenden del vídeo visualizado y escuchado en audiencia.

CUARTO.- Merece especial pronunciamiento la valoración hecha en la sentencia de una grabación de conversación telefónica que se habría sostenido entre agraviado y el imputado Martínez al día siguiente de sucedidos los hechos, la misma que ha sido incorporada como nueva prueba en el juicio oral. En relación a dicho medio probatorio, el Juez ha considerado que por intermediación se trata de las voces del imputado Martínez y del agraviado Zeballos; empero, se admite que no se ha reconocido la voz por parte de éste ni menos por su interlocutor que en este caso sería el agraviado, diligencia necesaria para autenticar tal medio probatorio y recién proceder a valorarlo en la sentencia. Con tal grabación se ha considerado acreditado que entre agraviado e imputado habría existido “cierto nivel” de amistad y “algún grado de confianza” y que el dinero tenía otros fines, sin explicitar cuáles serían estos, por lo que adquiriría sentido la teoría que afirma que se trató de una “trampa”, sin que se precise en qué consistió lo que en consideración del Juez fue una “trampa”.

QUINTO.- Es con relación a este último medio probatorio que el Juez ha considerado que si bien en el caso existe verosimilitud en la imputación, corroboraciones periféricas y persistencia en la incriminación, habría a su juicio incredulidad subjetiva por las relaciones de amistad entre el agraviado y el acusado Martínez que previamente habrían sido ocultadas y que hay resentimiento y enemistad con el acusado Ascuña conforme lo habría proyectado al ser examinado por la Psicóloga.

Consideramos que no se ha hecho un correcto análisis del Acuerdo Plenario No. 2-2005/CJ-116 pues éste se relaciona con el grado de certeza que se puede asignar a la declaración de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, y en el presente caso, descalificar de plano la declaración de éste como prueba válida de cargo, porque habría resentimiento y enemistad entre ellos, sería incumplir el mismo Acuerdo en cuanto afirma que las garantías de certeza corresponde ser analizadas ponderadamente por el Juez, considerando que éstas no son reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

Y es precisamente en el caso concreto que el Juez no ha detallado razonablemente y, en relación a la prueba actuada en el proceso, el por qué considera que el agraviado por un hecho delictivo debería guardar relación de amistad o consideraciones al supuesto autor de tal hecho, y en todo caso, a tenor de dicho Acuerdo, el tema de la incredulidad subjetiva no está relacionada con la amistad que pudiera haber entre agraviado y el imputado Martínez o con el supuesto hecho de su ocultamiento, sino más bien con la verosimilitud, que el Juez Aquo ha considerado -contradictoriamente- demostrada en la declaración del agraviado.

SEXTO.- En tal sentido, y al constatar que además de incumplirse con el requisito de valorar la prueba actuada primero individualmente y luego en forma conjunta se evidencia deficiente e incoherente motivación en la sentencia, inobservándose lo dispuesto en el artículo 139 numeral 5 de la Constitución, “...debiendo tenerse en consideración que la garantía procesal específica de motivación, integra a su vez la garantía de la tutela jurisdiccional relacionada también con el debido proceso, de ahí que toda decisión jurisdiccional debe estar fundamentada con lógica, claridad y coherencia, lo que permitirá entender el por qué de

lo resuelto”¹; corresponde en consecuencia, en aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 425.3 a), concordante con el artículo 150 d) del Código Procesal Penal declarar la nulidad de la sentencia apelada y disponer nuevo juzgamiento a cargo de otro magistrado, a efectos de decretarse con mayor ponderación y exhaustividad la inocencia o culpabilidad de los encausados, con argumentos sólidos y claros capaces de convencer a los justiciables y a la sociedad sobre su razonabilidad.

Por estos fundamentos,

RESOLVIERON:

DECLARAR la NULIDAD de la sentencia apelada, su fecha veintitrés de mayo de dos mil once, que Absuelve a Adalberto Emigdio Ascuña Chavera y Wilbert Martínez Peñaloga de la acusación formulada en su contra por el delito contra el patrimonio, en la modalidad de Chantaje, en agravio de Franco Zeballos Zeballos y lo demás que contiene reponiendo la causa al estado de que otro Juez Unipersonal de Juzgamiento realice un nuevo Juicio Oral y emita nueva sentencia esta vez con arreglo a derecho y en atención a los considerandos de la presente. Juez Superior ponente señor Alfredo Salinas Mendoza.

¹ Considerando sexto de la Casación No. 08-2007-Huaura, de 13 de febrero de 2008. Tema: La Motivación de la Sentencia.

APELACIÓN DE SENTENCIA:**IMPOSIBILIDAD DE CONDENA DEL QUE FUE ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA**

"[...] La existencia de un joggamiento en revisión con posibilidad de actuación probatoria de cargo y descargo, habilita a su vez la posibilidad de revocación de fallo impugnado y la emisión de una sentencia de vista en sentido opuesto al que motivó la alzada, sin objeción alguna si se trata de absolver a quien en primer instancia fue condenado, porque se aplicaría un reformatio in bonus, perfectamente legal y tolerada por el derecho interno y el fundamental de los derechos humanos".

"[...] El hecho inverso, es decir, el tener que condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría un reformatio in peius que sería legal si existiera un Tribunal Revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación [...]".

"[...] En esta materia específica, la nulidad de lo actuado en sede de joggamiento, resulta la única salida procesal para no generar una responsabilidad estatal que podría tener relevancia para la justicia internacional de los Derechos Humanos, por violación al debido proceso y a las garantías básicas del procesado".

Base Legal: DUDH: Arts. 10º, 11º; PIDC: Arts. 4º, 14º, 15º; CADH: Art. 8.2º; Const.: Arts. 38º, 138º, 139.3º, 139.6º, 159º; CPC: Arts. VI, 3º; CP: Art. 173.3º; NCPP: Arts.: IV.3, X, 150º, 409.1º, 425.3.a, 425.3.b; LOPJ: Art. 14º; JURISP: Consulta 2342-2007/CSJA-Exp. N° 1999-2168; STC: Exp. N° 9598-2005-PHC/TC. fundamento 3, Exp. N° 1014-2007-PHC/TC. fundamento 8

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
SALA PENAL DE APELACIONES DE AREQUIPA**

EXPEDIENTE	: 2008-12172-15
JUECES	: FERNÁNDEZ CEBALLOS, AQUIZE DÍAZ
VOTO SINGULAR	: SALAS ARENAS
ACUSADO	: JORGE CCANAHUIRE ADCO
AGRAVIADO	: C.V.H.Q.
ESPECIALISTA DE AUD.	: RINA CORNEJO MAMANI
DELITO	: VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL

Sentencia de Vista N° 48

**Arequipa veintidos de junio
Del año dos mil once**

VISTOS: Lo actuado en la audiencia de apelación, el expediente judicial y los registros de audio que forman parte de esta causa.

PRIMERO: INFORMACIÓN DEL PROCESO:

1.1 Composición del Colegiado Superior: La audiencia de apelación se realizó ante el Colegiado Superior conformado por los señores Jueces Superiores don Jorge Luis Salas Arenas (quien asumió la dirección de los debates), don Fernán Fernández Ceballos y doña Consuelo Cecilia Aquize Díaz.

1.2 Datos Personales del Acusado: don JORGE ADCCO CCANAHUIRE, de sexo masculino, con documento nacional de identidad número 46682128, nacido el veintiuno de noviembre de mil novecientos ochenta y tres, sexo masculino, estado civil soltero, natural del distrito de Yarabamba, provincia y departamento de Arequipa, hijo de don Facundo y doña Elogia, con domicilio real en Asociación El Edén, Mz B, lote 13, Urbanización El Paraíso, distrito de Cerro Colorado, Provincia, Departamento y Región Arequipa, con quinto grado de instrucción secundaria, con ocupación empleado, un metro setenta de estatura de peso.

SEGUNDO: PRETENSIÓN PUNITIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1 Enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación (controlada en la audiencia cuya copia corre de los folios 31, 36 y 45 a 55 del cuaderno 25 del expediente judicial); se imputa al acusado, que desde el año 2007, fecha en la que empezó su relación convivencial con doña María Irene Quispe Gonzáles (madre de la menor agraviada de iniciales C.V.H.Q.), el procesado abusó sexualmente de ella en diversas oportunidades (desde que tenía catorce años de edad) en el interior de la habitación que compartía con su indicada madre, ubicada en la Asociación Tierra Prometida El Eden, Villa Paraíso, Mz. B, Lt. 13, distrito de Cerro Colorado de Arequipa.

El 19 de septiembre de 2008 fue la última vez que abusó sexualmente de la menor, habiendo dado cuenta a su profesora y a la directora del Centro Educativo N° 40616 doña Isabel Chambi Calla y doña Hilda Pérez, respectivamente, quienes a su vez pusieron el hecho a conocimiento del tío de la menor, don Pedro Quispe Gonzáles quien interpuso la denuncia a la Comisaría PNP de Casimiro Cuadros.

2.2 Pretensión penal y civil; el Ministerio Público solicitó se imponga al acusado la pena privativa de libertad absoluta de cadena perpetua y el pago de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

TERCERO: RESPECTO A LA DECISIÓN OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN (folios 23 a 27):

3.1 La causa contra el acusado por el delito de violación de la libertad sexual según el numeral 3 del primer párrafo y el último párrafo del art. 173 del Código Penal fue objeto de juzgamiento oral (cuya síntesis corre en el acta de los folios 12 a 21, y cuyo desarrollo obra en el registro de audio respectivo) y en él fue emitida la sentencia de fecha 21 de diciembre de 2009 por el Juzgado Colegiado conformado por los señores Magistrados don Francisco Celis Mendoza Ayma, don Orlando Abril Paredes y don Limberg Talavera Argüelles, quienes absolviéron al procesado fundados en el principio de presunción de inocencia, que según lo indicado en la referida sentencia, no fue desvirtuado bajo prueba suficiente.

3.2 El Colegiado de Primera Instancia refirió en la indicada sentencia que no existe sindicación válida de la agraviada-testigo en contra el acusado al no haberse presentado la víctima a juicio; y respecto a su declaración previa prestada ante el Ministerio Público, no se oralizó en la fase de incorporación de medios escritos por cuanto el Ministerio Público no acreditó haber convocado en dicha ocasión al acusado o a su defensa para asistir a dicha diligencia, de modo que tampoco resultan aceptables las referencias al presunto lugar de los hechos investigados, ni que la víctima viviera en dicho inmueble, ni la existencia de amenazas como medio para doblegar la voluntad de la víctima; a lo que se aúna que en su declaración la profesora doña Isabel Chambi manifestó que no conocía a los padres de la menor a pesar de que era su alumna desde segundo de secundaria. Asimismo, indicó la inexistencia de certeza respecto a que el acusado haya sido el autor de la desfloración de la menor agraviada, mas aún cuando el Ministerio Público sostuvo que la menor anteriormente había sido vejada por otro sujeto lo que se encuentra investigación y que eso genera duda para el caso. No obstante que en la pericia psicológica practicada al procesado se señaló que es su perfil psicológico es compatible con el de un agresor sexual, no resulta ser un indicador suficiente para acreditar la comisión del delito.

Señaló el Colegiado de Primera Instancia que no resulta razonable que la agraviada haya esperado un año para denunciar los hechos contra el procesado, más aún si, como lo señala el Ministerio Público, denunció a su anterior padrastro (en realidad no casado sino solo conuiiente de su señora madre) por el mismo delito.

CUARTO: ITER DE LA REVISIÓN:

4.1 SENTIDO DE LA IMPUGNACIÓN DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO (folios 29 a 32):

4.1.1 La representante del Ministerio Público solicitó se revoque la sentencia emitida en virtud a que la inasistencia de la menor agraviada al juicio oral y por tanto el no haber brindado su declaración debido a que fue sustraída por su madre del hogar donde se encontraba refugiada, al encontrarse bajo custodia de su tío don Pedro Quispe Gonzáles; actitud que tuvo la finalidad de evitar que declarase en el Juzgamiento, por lo que doña Roxana Quispe Condori interpuso la denuncia correspondiente.

4.1.2 El Juzgado Colegiado no consideró que la manifestación vertida por la víctima ante el representante del Ministerio Público, que era consistente y coherente con el sentido de la pericia psicológica.

4.1.3 El Juzgado Colegiado no consideró el acuerdo plenario 02-2005, no valorando en su totalidad lo actuado en juicio, realizando un análisis parcial, no resultando un argumento valedero que la menor no haya denunciado en su oportunidad, no valorando que estos delitos son ocultos empleándose contra la menores amenaza tanto para cometer el delito como para que no delaten los hechos perpetrados, además de no existir un móvil turbio de la denuncia en tanto se acercó a las profesoras solicitando ayuda.

4.1.4. Como naturaleza del agravio resaltó que el carácter extrapatrimonial de la afectación, dejándose de impartir justicia cuando existen pruebas que enervan la presunción de inocencia.

QUINTO: ITINERARIO DE LA APELACIÓN DE SENTENCIA:

Concedida la apelación (resolución del folio 37) los autos fueron elevados a la Superior Sala Penal; recibidos los actuados, se confirió traslado a las partes (resolución del folio 50) habiendo la defensa técnica expresado sus criterios (folio 59 y 60) así como la Fiscalía Superior (folio 73 y 74), otorgándose el plazo de cinco días a las partes para ofrecer medios probatorios (folio 50) por lo que la Fiscalía Superior Penal de Apelaciones ofreció medios probatorios, decidiendo el Colegiado Superior al respecto mediante la resolución número seis (folios 99 a 101), llevándose a cabo el control de admisibilidad a que se contrae la ley, citándose audiencia de apelación de sentencia mediante dicha resolución.

En esta Instancia Superior se realizó el acto procesal de revisión de la sentencia, bajo los parámetros de una audiencia de apelación de carácter reservado, los días 31 de mayo, 07 y 09 de junio del presente año, en la Sala de Audiencias de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, quedando la causa expedita para ser objeto de la sentencia de vista.

CONSIDERANDO:**PRIMERO: FUNDAMENTOS NORMATIVOS**

1.1 El artículo 38° de la Constitución Política del Perú señala que todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

1.2 El artículo 138° de la Constitución Política del Perú señala que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

1.3 El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala en su primer párrafo que cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

1.4 El artículo 1° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a la potestad exclusiva de administrar justicia que, emanando del pueblo, se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes.

1.5 El artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus párrafos primero y tercero señalan que 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, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; asimismo que en todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece, debiendo consultar la decisión a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, cuando se trata de normas con rango de ley.

1.6 El sentido de la Jurisprudencia Suprema de la Sala Constitucional y Social pronunciada en la Consulta 2342-07 en causa proveniente de Arequipa, emitida el 29 de noviembre de 2007, respecto de la inaplicación de los artículos 96 y primer párrafo del art. 100 del C de PP por colisión con los art. 2.2 y 103 de la Constitución (control difuso decidido en auto de vista emitido el 06 de junio de 2007 por la II Sala Penal de la Corte Superior de Arequipa, en el expediente 1999-2168)¹, según la cual el control judicial de constitucionalidad debe hacerse no solo en decisiones sentenciales sino, "ad maioris ad minus" en las no sentenciales.

1.7 El inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú contiene el derecho a la observancia al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

1.8 Los incisos 1, 2 y 3 del artículo 159 de la Constitución Política del Perú señala como una de las atribuciones del Ministerio Público el promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia, así como representar en los procesos judiciales a

¹ En el undécimo considerando de la Ejecutoria Judicial Constitucional Suprema indicada, se indica que el deber judicial de control constitucional de las leyes no puede relegarse únicamente al momento de dictar sentencia, sino que se extiende a todo momento en que los jueces deben decir justicia, por lo que la Sala Constitucional y Social cambió su tendencia jurisprudencial, en favor de los derechos fundamentales.

la sociedad-

1.9 El inciso primero del art. IV del Título Preliminar del NCPP establece que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba.

1.10 El Art. 150.D NCPP señala que corresponde la declaración de nulidad de actuados cuando no se ha observado el contenido esencial de los derechos fundamentales.

1.11 Art. 409.1 NCPP ha establecido que por la impugnación el Tribunal es competente para declarar las nulidades absolutas o sustanciales, incluso las no advertidas por el impugnante.

1.12 El fundamento 3 de la sentencia recaída en el expediente N° 9598-2005-PHC/TC “El Tribunal Constitucional, en las sentencias 200-02-AA/TC, 1076-03-PHC/TC, 2209-02-AA/TC, 3282-04-PHC/TC, 351-00-AA/TC, 2704-04-AA/TC, 1291-00-AA/C, 1230-02-AA/TC, 2704-AA/TC, 2244-04-AA/TC, 1939-04-PHC/TC, 3789-05-PHC/TC, 3390-05-PHC/TC, entre otras, ha definido uniformemente el debido proceso como un conjunto de garantías mínimas con las que debe contar todo justiciable, entre las que figuran su derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, a una resolución motivada, etc., coincidiendo con el último párrafo del acotado artículo 4° del Código Procesal Constitucional, pues sólo a través del proceso debido es posible entregarle al justiciable la tutela procesal efectiva (protección efectiva del órgano jurisdiccional), a la que tiene derecho”. (el subrayado es nuestro).

1.13 Fundamento 8 de la sentencia recaída en el EXP N° 1014-2007-PHC/TC señala lo siguiente: “Este Tribunal Constitucional ha señalado (vid. STC 010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. (...)”.

1.14 El art. 173.3 del CP sanciona la violación sexual de menor de edad, agravada por su edad y extraordinariamente agravada por la situación de subordinación respecto a quien ejerce sobre la víctima especial autoridad.

1.15 El art. 425.23-A concordado con el art. 150 del NCPP considera la posibilidad de la nulidad decidida como efecto de la revisión de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: ANÁLISIS JURISDICCIONAL

2.1 La “tutela procesal efectiva” apunta a lo abstracto, al postulado, cual es alcanzar una solución justa; mientras el debido proceso es la manifestación concreta de ese postulado, es su actuación².

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Artículo 8° de la Convención consagra los lineamientos generales del denominado debido proceso legal o derecho de defensa procesal³, el cual “abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”⁴.

El Tribunal Constitucional peruano en el fundamento 8 de la sentencia recaída en el expediente N° 1966-2005-HC ha señalado que “el debido proceso, según lo ha establecido la doctrina, es “(...) un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de estos” (sic).

2.2 El señor Fiscal Superior ha centrado de modo fundamental en la presente audiencia de apelación de sentencia que la menor de iniciales C.V.H.Q. venía siendo abusada sexualmente por su padrastro el acusado Canahuiri Adco desde noviembre de 2007 al año 2008 en el inmueble que compartían en Villa Paraíso Mg. B lote 13 del distrito de Cerro Colorado, subsumiéndose los hechos imputados en el tipo penal contenido en el artículo 173.3 (14 a 18 años) y el último párrafo del mismo artículo del Código Penal – agravante por posición cargo o vínculo de autoridad-

² NOVAK Fabian y NAMIHAS Sandra; Derecho internacional de Los Derechos Humanos; Academia de la Magistratura; Primera edición; Lima; 2004; p. 239.

³ Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 74.

⁴ Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, párrafo 28.

Resaltó que uno de los fundamentos de la sentencia absolutoria fue la inasistencia de la menor al juicio a rendir su manifestación, sin embargo subrayó el Señor Fiscal Superior que ello se debió a que la menor agraviada fue secuestrada por su propia señora madre (conviuiente del acusado) y familiares del procesado lo que obra en la denuncia interpuesta por doña Roxana Ysabel Quispe Condori y en la declaración vertida por la propia menor agraviada.

Agregó que en esta Instancia Penal tampoco se le podrá oír por que ha fallecido y aunque se indica que se suicidó, las circunstancias son extrañas (hecho que se encuentra en investigación por haber ocurrido en la calle en una avenida principal del distrito de Cerro Colorado, lo que resulta inusual en los casos de suicidio).

2.3 La sentencia absolutoria apelada se funda en que no hay suficientes elementos de responsabilidad, en particular, por las imprecisiones de la víctima quien no concurrió al juicio a esclarecerlas.

2.4 Como se tiene indicado, en el juicio de apelación se ha puesto en debate el motivo de la incomparecencia de la víctima a la citación para el plenario ante el Juzgado Colegiado Penal, no habiendo sido cuestionado por la defensa del acusado el alegato de no haber asistido la agraviada como expresión de su voluntad de apartamiento del proceso, sino al haber sido impedida por la fuerza, tanto así que se ha abierto un proceso de indagación fiscal por el presunto delito de secuestro, en el que obra una declaración de la menor agraviada que ha sido oralizada en el plenario de apelación, y donde la víctima dio cuenta de lo ocurrido en su perjuicio; todo ello para obstruirle el ejercicio de su deseo de declarar ante el Juzgado Colegiado que la citó en primera instancia.

2.5 Ciertamente la defensa del acusado objetó la incorporación de este último documento bajo el argumento de impertinencia al no referirse a los hechos objeto del juzgamiento y el Colegiado Superior desestimó aquel planteamiento teniendo que ver la información del indicado instrumento con el motivo de la incomparecencia de la víctima, cuya ausencia y más propiamente el no contar con su versión ante los juzgadores, sirvió de sustento a la decisión absolutoria.

2.6 Cuando el Juzgado Colegiado emitió su decisión final, no contaban con certeza suficiente sus integrantes que la menor agraviada había sido sometida a actos de privación de libertad (aunque se dijo en la audiencia que tal hecho había acaecido), actos dirigidos a evitar que acudiera a otorgar información que la justicia requería para formar la convicción adecuada con la finalidad de hacer justicia material.

2.7 Resultaría paradójico que un acto presuntamente criminal de bloqueamiento de la actuación probatoria de cargo generara efectos jurídicos favorables o derechos en pro del beneficiario; allí se consagraría el fracaso rotundo de la justicia como principio ante la colectividad y como resultado objetivo ante el caso concreto.

Se abriría con ello una opción indebida para la obtención de resultados judiciales incorrectos, éticamente indigeribles para el sentido común y generadores además de la desafirmación del derecho ante la sociedad.

2.8 La unidad de víctimas y testigos del Ministerio Público tendría que afinar sus mecanismos para advertir los casos en que corresponda actuar más directamente para proteger a las personas de los efectos que pudiera generar su intervención procesal.

2.9 Ciertamente el testigo puede ser interrogado por la defensa del investigado, pero en los casos de delitos sexuales, las reglas generales sufren una excepción, debido a las normas de protección contra la revictimización del agraviado.

La presencia del investigado o de la defensa del investigado puede generar una afectación al agraviado y en todo caso se debe apreciar en cada situación; así el tratamiento a la víctima menor de edad podrá ser diferente al que corresponda a la víctima mayor de edad, y ello, teniendo en cuenta el previo consejo de los expertos.

En la evaluación del cuarto considerando (4.1) de la sentencia absolutoria se efectúa una apreciación cerrada que además puede resultar paradójica; cuando recién en su primera declaración el afectado dirá quién o quienes lo vulneraron, entonces, el Fiscal tendría que detener la declaración para convocar a los referidos por el declarante, lo que no se aprecia como coherente.

2.10. En juicio de apelación declararon la directora doña Hilda Alicia Pérez Vera y la profesora de la menor

agraviada doña Isabel María Chambi Calla, el tío que la cobijó en su casa tras el ataque sexual referido por ella don Pedro Segundo Quispe Gonzáles y la prima que finalmente denunció el secuestro doña Roxana Ysabel Quispe Condori, (ulteriormente corroborado con la declaración de la propia víctima); se ha realizado la oralización de los exámenes periciales sobre el perfil psiquiátrico-psicológico del acusado (pericia de la médico legista doña Rosa Carrasco Tejada y de los psicólogos don Juan Carlos Tejada Chalco y don Abel Jara Macedo); teniéndose que en el juicio oral ante el Juggado Colegiado (primera instancia) todos los peritos se ratificaron en las pericias respectivas, señalando que la víctima acusaba las características de una persona sometida a violación, indicando quien era el autor del abuso, en tanto que el acusado correspondía a la tipología de los presuntos abusadores sexuales; a todo ello se agrega que la médico Ruth Fuentes Zuñiga precisó en el juzgamiento oral de primera instancia que la menor agraviada dijo que quien la había violado sexualmente era la actual pareja de su madre biológica; se deduce de lo indicado que aún excluyendo la declaración inicial de la víctima, efectuada bajo los cánones del Código de los Niños, Las Niñas y Los y Las Adolescentes, pero ciertamente sin la intervención de la defensa asignada anteriormente al investigado, existía material probatorio que merecía un análisis conjunto más depurado. Por todo ello, el Colegiado Superior de revisión concluye que la evaluación efectuada en primera instancia fue defectuosa, cuando con los medios actuados en juicio correspondía emitir condena.

2.11 En consecuencia, y como lo ha propuesto el señor Fiscal Superior don Jesús Eliseo Fernández Alarcón, se concluye también que los integrantes del Juggado Colegiado no observaron adecuadamente los precedentes vinculantes de los apartados 10 y 11 del acuerdo plenario N° 02-2005/CJ-116 de la Exma. Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 30 de septiembre de 2005⁵, pudiendo haber efectuado análisis de los indicios sólidos, concurrentes, contingentes y libres de contraindicios.

2.12 A lo anteriormente referido se viene a sumar que, como ya se ha señalado, la víctima fue, con muy alta probabilidad, impedida por medios ilegales a concurrir al juzgamiento oral, con lo que se cerró la posibilidad del reforzamiento probatorio directo que reclamó el Juggado Colegiado al momento de decidirse por la absolución.

TERCERO: ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMATIO IN PEIUS (ART. 425.3.b Nuevo Código Procesal Penal)

3.1 La existencia de un juzgamiento en revisión con posibilidad de actuación probatoria de cargo y descargo, habilita a su vez la posibilidad de revocación del fallo impugnado y la emisión de una sentencia de vista en sentido opuesto al que motivó la alzada, sin objeción alguna si se tratara de absolver a quien en primera instancia fue condenado, por que se aplicaría una reformatio in bonus, perfectamente legal y tolerada por el derecho interno y el fundamental de los derechos humanos.

3.2 El hecho inverso, es decir, el tener que condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una reformatio in peius que sería legal si existiera un tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación, como lo señala el derecho constitucional nacional y el fundamental de los derechos humanos (Art. 10 y 11 DUDH; Art. 4, 14 y 15 PIDC, Art. 8.2 de Convención Interamericana de Derechos Humanos).

3.3 No resulta suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y finalidad procesal es distinta del recurso de apelación⁶.

Es atinente tener en cuenta que CALAMANREI (1937) definía al recurso de casación como un derecho de impugnación concedido a la parte vencida para hacer que la Corte de Casación anule, no toda sentencia injusta, sino solamente aquella cuya injusticia en concreto se demuestre fundada en una errónea interpretación de la ley⁷.

5 "10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

a) Ausencia de incredulidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

c) Persistencia en la incriminación, con las matigaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.

11. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto." Cfr. http://www.pj.gov.pe/CorteSuprema/SalasSupremas/SPP/documentos/ACUERDO_PLENARIO_N2_2005_CJ_116.pdf

6 El recurso de casación es aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por ley (el art. 429 del NCPP ha establecido las causas para interponer recurso de casación en materia penal) y dirigido a lograr que el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia) se pronuncie al respecto. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto; "Medios impugnatorios en el proceso Civil", editorial, pág. 183.

7 CALAMANDREI, Piero. Casación civil, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, página 17.

3.4. La casación es un recurso impugnatorio de carácter extraordinario, que tiene por finalidad el control de la aplicación correcta por los jueces de mérito, del derecho positivo, tanto el sustantivo como el adjetivo ⁸.

El recurso de casación tiene como fundamento el principio y derecho a impugnar las resoluciones desfavorables, que es un derecho constitucional que asegura la interdicción de la arbitrariedad y la unificación de la interpretación de la ley penal sustantiva y procesal ⁹.

El carácter extraordinario del recurso de casación se debe a lo limitado de sus motivos o causales de procedencia, pero, más aún, a las limitadas resoluciones judiciales contra las que puede interponerse ¹⁰.

Para GÓMEZ OBRANEJA, mediante la casación se pide la anulación de resoluciones definitivas de los tribunales inferiores, no sujetas a ninguna otra impugnación, por error de derecho sustantivo o procesal. La casación se limita partiendo de los mismos hechos fijados en la instancia, a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de este, la regularidad del proceder que haya conducido a él ¹¹.

3.5 En consecuencia, se trata de dos clases de recursos con naturaleza, sustanciación, competencia y efectos distintos.

DIFERENCIAS BÁSICAS DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y APELACIÓN

Recurso de Apelación	Recurso de Casación
La apelación es un recurso judicial ordinario;	El recurso de casación es extraordinario.
La apelación constituye instancia, en consecuencia se pueden revisar los hechos, y abrirse a o agregarse pruebas;	La casación no es instancia, en consecuencia no se pueden revisar los hechos, ni mucho menos abrirse a o agregarse pruebas;
La apelación que se reduce a los intereses de las partes.	La casación tiende a proceder en el sólo interés de la ley, pudiendo incluso declararse de oficio.
Los fallos en apelación no suelen formar jurisprudencia obligatoria.	La casación es, como en muchas legislaciones, fuente de jurisprudencia obligatoria
La apelación ordinariamente la conocen solamente las Salas Superiores Penales (de Apelaciones)	La casación la conoce solamente la Sala Penal Suprema

3.6 El derecho a la instancia plural es el fundamento a recurrir razonablemente las resoluciones ante las instancias superiores de revisión final, más aún si se ha reconocido este derecho en la Constitución, en su artículo 139, inciso 6, cuando señala que debe existir la pluralidad de instancia. El recurso no debe tener una nomenclatura determinada, pero debe suponer una revisión integral de la recurrida... El derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del debido proceso, mediante el cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera se permita que lo resuelto por aquel, cuando menos sea objeto de un doble pronunciamiento ¹².

En el origen de la institución de la doble instancia subyacen los derechos de impugnación y contradicción. En efecto la garantía del derecho de impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, exigen la presencia de una estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente e imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa, sea porque los interesados interpusieron el recurso de apelación o resulta forzosa la consulta.

Por otra parte el citado principio permite hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, ya que este por su esencia, implica la posibilidad del afectado de solicitarle al juez o autoridad competente la protección y restablecimiento de los derechos consagrados en la Constitución y la ley. Así mismo, la doble instancia tiene una relación estrecha con el derecho de defensa, ya que a través del establecimiento de un

⁸ Cfr. Carrión Lugo, Jorge. El recurso de casación en el Perú., Vol 1, 2da Ed Grijley, Lima, 2002, p.3.

⁹ Medios impugnatorios-Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre los medios impugnatorios- Gaceta Jurídica, Lima 2010, pag. 102 ,106, 108.

¹⁰ Cfr. Guzman Fluja, Vicente. El recurso de casación civil. Control de hecho y de derecho. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p.15.

¹¹ Cfr. Gomez Orbaneja, Emilio/ Herce Quemada, Vicente. Derecho Procesal Penal, 10 a edición Artes Gráficas y Ediciones, Madrid 1987, p.302

¹² La constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución, Gaceta Jurídica, Lima 2006, p.665.

mecanismo idóneo y efectivo para asegurar la recta administración de justicia, garantiza la protección de los derechos e intereses de quienes acceden al aparato estatal¹³.

3.7 En la jurisdicción fundamental internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó en el caso *Mauricio Herrera*, el 2 de julio de 2004, que Costa Rica reformara en un plazo razonable la regulación sobre la casación, ya que la vigente no garantizaba en forma suficiente el derecho a recurrir (a apelar)¹⁴.

En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el derecho a los recursos forma parte (...) del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, no sólo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia”. (Sentencia del Expediente 1231-2002-HC/TC, publicada el 18 de setiembre de 2002)¹⁵.

3.8 Esa ausencia de un tribunal supremo para conocer de estas impugnaciones (independientemente de la dimensión de la sanción impuesta), coloca al que resultara recientemente condenado en la desventaja de no contar con un juicio de apelación (con actuación probatoria) sino solo de un recurso de casación (opción importante, pero desigual en relación a aquel que condenado en primera instancia, se defiende la condena en la segunda y si fuera ratificada su condena en el juicio de apelación, tendría –si la dimensión de la sanción lo permite– derecho a ejercitar un recurso casatorio).

3.9 En síntesis sobre la materia concreta, aquel a quien se le aplica la reforma peyorativa resulta:

- a) condenado en instancia única (la segunda), dado que precedentemente fue absuelto.
- b) sin posibilidad de un juicio oral, público y contradictorio de revisión de la condena, y
- c) con la única posibilidad –además tasada– de ejercer un recurso de casación (que no es un juicio de mérito),

Ello no concuerda con el derecho fundamental, en especial el de todo condenado a contar con una instancia diferente y superior para la revisión –dentro de los marcos de la ley local–.

3.10 El legislador del D. Leg. 957 ha dado un paso importante al expulsar la posibilidad de la reforma peyorativa sin joggamiento que antaño se decidía en los estrados judiciales de revisión, dando lugar al debido ejercicio del derecho de defensa al absuelto, pero, ha omitido el considerar una instancia superior que bajo las mismas reglas para toda impugnación de sentencia de condena, asuma la revisión (para honrar el derecho a la instancia judicial plural), con lo que coloca al tribunal superior en la imposibilidad de adoptar una decisión de tal orden y deja solo la opción de la anulación.

CUARTO: CUMPLIMIENTO DE LA CONSULTA DE LA OPERACIÓN JUDICIAL DE CONTROL DIFUSO

4.1 En principio, conforme lo preceptuado por el Art. 38° de la Constitución que manda cumplir el ordenamiento jurídico del País, todos los ciudadanos peruanos (y los extranjeros que se hallan en el Perú¹⁶) nos hallamos obligados a observar sus preceptos, en particular los jueces¹⁷, por el sentido del artículo 138° de la Constitución y artículo 1° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De allí no solo el deber de cumplimiento que todos los peruanos tenemos, sino la expectativa ciudadana y al mismo tiempo deber de que el Parlamento Nacional dicte disposiciones coherentes en todo el ordenamiento jurídico del País (congruentes entre sí, salvando las razonables diferencias por la naturaleza de las cosas).

4.2 Se adita el sentido del art. 14 del TUO de la LO PJ y el art. 3 del Código procesal Constitucional (modificado por Ley 28946 de 24 de diciembre de 2006), que se refieren de modo expreso al modo de proceder cuando se produce un caso de control constitucional difuso.

¹³ FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro; Manual de Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público, Tomo I, Editorial Leyer, Bogotá p. 550., 556 y 557

¹⁴ Que dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 de la misma, en los términos señalados en el párrafo 198 de la presente Sentencia. Cfr. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

¹⁵ Cfr. www.cajpe.org.pe; Red de Información Jurídica; Jurisprudencia Constitucional; Comisión Andina de Juristas; Debido Proceso – Perú; I. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO; VII. LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS

¹⁶ Al punto que, en materia penal el primer párrafo del art. 1 del CP declara en materia de territorialidad que “la ley penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la república, salvo las excepciones contenidas en el derecho internacional...” (se trata de una norma constitutiva).

¹⁷ La desobediencia civil está normativamente prevista en la propia Carta Fundamental peruana para los casos de quebrantamiento del orden constitucional. Fuera de aquellos estrictos, la conducta de incumplimiento de los mandatos de la ley pueden implicar por un lado casos de ignorancia o ausencia de información sobre el contenido de la ley; de otro lado, conciencia jurídica o cultural disidente; o por otro lado, llanamente, afán de incumplir la norma (que podría, según la naturaleza de la norma, convertirse en infracción y hasta en delito)

4.3 Por tanto la inaplicación de la norma contenida en una parte del literal B del inciso 3 del art. 425 del CPP para este caso concreto, no paralizará la aplicación material de la justicia, sino que dará lugar a la aplicación de la norma que habilite la reconducción del debido proceso penal dentro de los cauces de la constitucionalidad.

4.4 En principio, por el sentido de esta decisión, no cabe recuso de casación, pero si se concediera directamente (artículo 427.4 del NCPP), se tendrá que comunicar a las Instancias Supremas (Suprema Sala Penal y Supremas Sala Constitucional y Social).

4.5 Debe por tanto darse curso de la consulta a la sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República

QUINTO: CONSECUENCIA JURÍDICO PROCESAL RESPECTO ALA PROCESO PENAL

5.1 En esta materia específica, la nulidad de lo actuado en sede de juzgamiento, resulta la única salida procesal para no generar una responsabilidad estatal que podría tener relevancia para la justicia internacional de los derechos humanos, por violación al debido proceso y a las garantías básicas del procesado.

5.2 Debe reexaminarse todo lo hecho y decidido en el Plenario de Primera Instancia por los Jueces que resulten funcionalmente competentes, a la luz de los datos aportados evaluados con profundidad – que no son informaciones falsas, irrelevantes o insustanciales- y para ello, resulta aplicable el artículo 150 del Código Procesal Penal que estableció causas de nulidad absoluta, cuando se ha inobservado el contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso, y en este caso, el derecho a probar que asiste a la Fiscalía, hallándose el procesado como contumaz.

5.3 Es prudente dejar sentado que no ha sido éste Órgano Judicial Superior de revisión quien ha pedido, ofrecido, buscado u obtenido la información aportada por la Fiscalía Superior en el juicio de apelación, por lo se ha respetado el principio y al mismo tiempo deber de imparcialidad judicial.

5.4 Haber conocido el fondo de este hecho en juzgamiento, en el curso del proceso de impugnación impide que los mismos Magistrados Superiores vuelvan a avocarse al conocimiento de los pormenores que se derivan de la renovación del juicio oral.

SEXTO: RESPECTO A LA ANONIMIZACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LA AGRAVIADA

6.1 Cabe señalar que el fallecimiento de la víctima, aceptado por la defensa del acusado, se ha acreditado con el protocolo de necropsia aportado en copia por la Fiscalía Superior en lo Penal; en apariencia se trató de un acto de privación voluntaria de la propia existencia, aunque la Fiscalía Superior ha propuesto que se halla en investigación tal suceso, en particular por cuanto de la experiencia criminalística resulta poco aceptable un suicidio de tales características.

6.2 Si la reserva de identidad tiene por finalidad evitar los efectos negativos de la re victimización post delictiva en la parte agraviada, con el fallecimiento de la persona no solo cesa la personalidad (desde la perspectiva del derecho civil) sino que objetivamente no será posible causarle afectación o sufrimiento psicológico.

6.3. No se atenta contra la víctima ya fallecida ni se incumple ningún aspecto de orden fundamental ni nacional al señalar que resulta innecesario mantener en adelante protegida su identidad.

SÉTIMO: RESPECTO A LAS COSTAS Y COSTOS

No cabe pronunciamiento sobre el particular, estando al sentido del art. 499.1 del Código Procesal Penal

Estando a los considerandos esgrimidos, administrando justicia a nombre del Pueblo del Perú de quien emana esta facultad constitucional:

FALLAMOS:

1. DECLARANDO INAPLICABLE A ESTE CASO EN CONCRETO, parte del artículo 425.3.b del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), esto es, únicamente en cuanto señala que “si la sentencia de primera instan-

cia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiera lugar”; ello en tanto se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión, POR COLISIÓN CON EL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL (revisión por otro Órgano Superior) QUE CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN (art. 139.6) Y LAS NORMAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (Art. 10 y 11 DUDH; Art. 4, 14 y 15 PIDC, Art. 8.2 de Convención Interamericana de Derechos Humanos).

2. MANDANDO se eleve en consulta esta decisión de control constitucional y fundamental difuso a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, formándose cuaderno de copias certificadas, con arreglo a ley; dando cuenta en caso de concederse recurso extraordinario de casación a las instancias supremas correspondientes.

3. DECLARANDO FUNDADA la nulidad de la sentencia impugnada (folios 23 a 27) que absolvió a DON JORGE CCANAHUIRE ADCCO el delito contra la libertad sexual, previsto en el artículo 173.3 y el último párrafo del mismo artículo del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales CVHQ, esto es la menor Candy Vanesa Huamaní Quispe, como lo propuso la Fiscalía Superior en lo Penal en la audiencia de apelación, y nulo el juzgamiento de primera instancia que le dio origen.

4. DISPONIENDO que el juicio oral se renueve por el Juzgado Colegiado llamado por ley, no pudiendo intervenir en su composición los señores Jueces que participaron del juicio y dictaron la sentencia apelada.

5. DEJANDO SENTADO que los componentes de este Colegiado Superior no conocerán de los pormenores o de la apelación de la nueva sentencia que pudiera pronunciarse como fruto de la renovación del juzgamiento oral.

6. EXIMIENDO del pago de costas de esta instancia a la parte apelante.

7. RECOMENDANDO a la Unidad de Víctimas y Testigos del Ministerio Público de Arequipa la debida identificación de los casos de riesgo para prevenir resultados negativos.

8. HABIENDOSE anulado la sentencia de primera instancia el procesado conserva su situación de contumacia declarada en esta instancia.
Regístrese y Comuníquese.-

S.S.
FERNÁNDEZ CEBALLOS
AQUIZE DÍAZ

EL VOTO SINGULAR Y PARCIALMENTE DISCORDANTE DEL JUEZ SUPERIOR SALAS ARENAS TIENE EL SENTIDO SIGUIENTE:

PRIMERO: FUNDAMENTOS SINGULARES SOBRE EL MODO DE PROCEDER ANTE LA IMPROBABILIDAD DE OTRA FORMA DE INAPLICACIÓN DE LEYES:

1.1 El caso *Marbury vs. Madison* es el paradigmático inicio de la aplicación judicial directa de la constitución, en Norteamérica, que ha marcado la trascendencia de la primacía de las normas fundamentales en el sistema jurídico; y bajo el influjo de la teoría constitucional francesa en los modelos político-jurídicos de la Europa continental, fue asumido el establecimiento de tribunales de jurisdicción constitucional encargados del control concentrado de la “superlegalité constitutionnelle”, institución que ingresó en el modelo constitucional peruano desde 1979, independientemente de la potestad-deber del control constitucional difuso que establecen tanto el segundo párrafo del Art. 138 de la actual Constitución y el Art. 14 del TUO de la LO del PJ, que desarrolla la aplicación de la norma constitucional y el Art. 3 modificado del Código Procesal Constitucional

1.2 Es necesario establecer la diferencia entre interpretación normativa y manipulación normativa¹⁸ en clave de constitucionalidad, dado que como rasgo del post - positivismo normativo, la efectividad de los dictados de la constitución ha entrado en cuestión.

¿Es posible en el Perú enarbolar los principios de supremacía constitucionalidad, conformidad con la Cons-

¹⁸ “Manipular” en el sentido de modificar algo de manera dirigida, moldear adrede algo; adulterar o falsificar.

titución, unidad del ordenamiento y proporcionalidad para desarrollar un sistema de aplicación directa de la constitución sin efectuar o incluso eludiendo, el control difuso legalmente establecido? ¹⁹.

La respuesta a la indicada interrogante tiene especial trascendencia en este particular momento de la historia judicial del Perú en que, con motivo del nuevo modelo procesal penal, se está asentando en parte del país una forma de pragmatismo jurídico, al sustituir de hecho las disposiciones normativas y poner en vigencia un conjunto de prácticas amparadas en una forma de entender la supremacía de la Constitución (proceso progresivo de “consuetudinización”) ²⁰.

1.3 En suma, está hoy en debate si el sistema de filtraje constitucional de las normas legales en sede judicial ha de ser en el Perú el del modelo del control difuso, o el de la inaplicación de hecho (prescindiendo llanamente de la norma, sin efectuar tampoco la inaplicación bajo algún argumento pretendidamente fundado en inconstitucionalidad del ya referido Art. 14 del TUO de la LOPJ y del Art. VI del TP del C Procesal Constitucional).

Finalmente, la única autorización judicial de inaplicación de normas bajo control constitucional directo fluye del propio art. 14 del TUO de la LOPJ, en cuyo tercer párrafo se alude a las normas de inferior jerarquía que las leyes (y por tanto se regula que en tales supuestos, es razonable la opción judicial inconsulta de constitucionalidad). Los criterios que se oponen al ejercicio del control difuso (señalan que el Art. 14 del TUO de la LOPJ ha quedado derogada por el art. X del TP del NCPP ²¹) y al mismo tiempo se alegan para sostener la denominada inaplicación de las normas legales por control constitucional directo desde el ámbito jurisdiccional, en el fondo proponen eludir el ejercicio de la iniciativa judicial de modificación de las leyes y la consulta de las decisiones de control judicial constitucional difuso, por el tiempo que implica y la incertidumbre en el resultado de tales operaciones, argumentos paralógicos ²² que por la convicción de sus postuladores adquieren carácter de sofismas ²³ que no desvirtúan el deber de la ejecución de los mandatos del ordenamiento jurídico nacional vigente.

1.4 Por tanto, los jueces peruanos deben efectuar los controles de constitucionalidad pertinentes conforme los cánones actualmente existentes.

SEGUNDO: DISCORDIA SOBRE EL ALCANCE DE LA INHIBICIÓN FUTURA DEL COLEGIADO SUPERIOR:

Bajo las mismas razones esgrimidas para la inhibición a futuro del conocimiento de ésta misma causa en apelación de la probable y futura sentencia, corresponde a los miembros de este Colegiado Superior inhibirse también de conocer en el proceso conexo sobre secuestro en agravio de la misma menor víctima.

MI VOTO es porque la inhibición a futuro se extienda también – por conexión - a la indicada causa por secuestro en giro en perjuicio de la misma víctima y con motivo de éste proceso penal.

SALAS ARENAS.

¹⁹ Los Jueces en el Perú y en general en la democracia, no son nombrados o elegidos –según sea el caso- para aplicar sus preferencias intelectuales personales o sus criterios individuales, sino para hacer cumplir las leyes no inconstitucionales de la democracia, creando soluciones particularizadas para cada caso en concreto, llenado los vacíos normativos, interpretando dentro de los límites, y declarando inconstitucionalidades consultadas (en el caso peruano) a la Suprema Sala constitucional y Social.

²⁰ El principio democrático que se asienta en la división de poderes, limita la función judicial y le otorga atributos específicos en relación a la ley formal y materialmente válida, emanada del Parlamento de la democracia.

Así, se ha dicho por quien postula aquel planteamiento, en el Taller Nacional “La Reforma del Sistema Procesal Penal. Experiencias Adquiridas en la Aplicación del Nuevo Sistema Acusatorio Adversarial”, organizado por el Equipo Técnico Institucional del Implementación del NCPP y el Centro de Investigaciones Judiciales, en Lima, 28 y 29 marzo de 2009, con la asistencia de Magistrados y funcionarios judiciales de Arequipa, Cusco, Huaura, Lambayeque, La Libertad, Madre de Dios, Moquegua, Piura, Puno, Tacna y Tumbes.

²¹ Así, se ha dicho por quien postula aquel planteamiento, en el Taller Nacional “La Reforma del Sistema Procesal Penal. Experiencias Adquiridas en la Aplicación del Nuevo Sistema Acusatorio Adversarial”, organizado por el Equipo Técnico Institucional del Implementación del NCPP y el Centro de Investigaciones Judiciales, en Lima, 28 y 29 marzo de 2009, con la asistencia de Magistrados y funcionarios judiciales de Arequipa, Cusco, Huaura, Lambayeque, La Libertad, Madre de Dios, Moquegua, Piura, Puno, Tacna y Tumbes.

²² Un paralógismo es un argumento o razonamiento falso, que se plantea sin una voluntad de engaño, y que tiene la forma de un silogismo o, más frecuentemente de un entimema. A diferencia de un sofisma —un argumento con el que se pretende demostrar algo que es falso— el paralógismo no depende de una confusión malintencionada en los términos, sino de un error del razonamiento. <http://es.wikipedia.org/wiki/Paralógismo>.

²³ Un sofisma es una refutación o silogismo aparente, con objetivo de defender algo falso confundiendo al oyente o interlocutor, mediante una argucia en la argumentación que puede consistir, o bien en exponer premisas falsas como verdaderas, o bien en seguir de premisas verdaderas conclusiones que no se siguen realmente de dichas premisas. Estos argumentos, falsos, pero en apariencia verdaderos, pueden ser lingüísticos o extralingüísticos.

En la actualidad se usan indistintamente los términos “falacia” y “sofisma”. El término “paralógismo”, empleado erróneamente como sinónimo de estos términos, carece de la intención de engañar, que caracteriza al sofisma y a la falacia. <http://es.wikipedia.org/wiki/Sofisma>

APELACIÓN DE SENTENCIA:
NULIDAD POR INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN (MOTIVACIÓN APARENTE)

"[...] El argumento del Colegiado para decidir por la absolución de los acusados sobre la base de no desvirtuarse la presunción de inocencia, sobre todo en el caso del acusado Pinday Vargas, es en el sentido que no se actuó otro medio probatorio que corrobore la versión de los testigos Guerrero Coello y de Olivia Guerra [...], lo cual no está vinculado con un razonamiento lógico y del proceso mental que siguen los jueces para llegar a esta conclusión, con lo que se determina que dicha decisión es sobre la base de una argumentación aparente [...]"

"[...] Se posibilitó la oralización de un informe médico correspondiente a Julio Omar Olivia Guerra que incluso ni siquiera fue admitido en la audiencia de control de acusación [...]"

"[...] Se oralizó el certificado médico de la menor de dos horas de nacida y fallecida, sin que reúna los requisitos del artículo 383° inciso 1 literal c) del CPP [...]"

"[...] Los jueces del Colegiado, con la indicación de hacer preguntas aclaratorias, realizan interrogatorios a los acusados, peritos y testigos, haciendo incluso sugerencias, conclusiones y argumentaciones [...]"

"[...] Existen carencia de motivación en la sentencia materia de apelación que vincule el hecho con la prueba y los argumentos que sustentan la valoración de la misma, violándose así el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política del Estado [...]"

Base Legal: Const.: Art. 139.5°; CP: Arts. 106°, 108.3°; NCPP: Arts. 150.d, 158°, 374°, 383.1.c, 425°

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA
SALA PENAL DE APELACIONES DE PIURA**

EXPEDIENTE	: 04220-2009-0-2001-JR-PE-01
JUECES	: CHECKLEY SORIA, RUIZ ARIAS, LIZANA BOBADILLA
ACUSADO	: JOEL PINDAY VARGAS NEMESIO JAVIER VINCES RIVERA
AGRAVIADO	: NATALY LISBETH LAZO TORRES
DELITO	: HOMICIDIO CULPOSO

**Resolución N° Cincuenta y Tres
Piura, veintidós de julio
Del año dos mil diez**

OIDA LA AUDIENCIA de Apelación de la sentencia de veintisiete de mayo del dos mil diez del Juzgado Penal Colegiado de Piura conformado por los jueces Nizama Márquez, Lau Arizola y Segura Salas que absuelve a los acusados Joel Pinday Vargas y Nemesio Javier Vincés Rivera como autores del delito de Homicidio Calificado en grado de alevosía en agravio de Nataly Lisbeth Lazo Torres y del feto nacido vivo de treinta y tres semanas; **Y, CONSIDERANDO:**

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El veintisiete de mayo del actual se expidió sentencia en el juicio oral realizado por Juzgado Penal Colegiado de Piura conformado por los jueces Nizama Márquez, Lau Arizola y Segura Salas, absolviendo a los acusados Joel Pinday Vargas y Nemesio Javier Vincés Rivera como autores del delito de Homicidio Calificado en grado de alevosía en agravio de Nataly Lisbeth Lazo Torres y del feto nacido vivo de treinta y tres semanas, considerando que en cuanto a Pinday Vargas se acreditó que participó en una parrillada donde peleó con Fabián Albán Ramos, no acreditándose que haya resultado con lesiones; añade que las declaraciones del testigo Guerrero Coello, sobre que Pinday le dijo que después de la pelea habría ido a meter bala a su agresor, que sus patas habían "cagado" a una jermita y que lo vio subir a un carro verde, no se corroboran, más aun cuando dicho testigo ha negado esta versión policial, que según el Colegiado les resulta creíble y útil para la acusación fiscal pero al no actuarse otro medio probatorio que lo corrobore y desvirtúe la negativa del imputado sobre dichas declaraciones, dicho medio probatorio resulta insuficiente para enervar la presunción de inocencia; en cuanto a la declaración de la señora Cornejo Chumacero en el sentido que habría escuchado a su conyuiante Olivia Guerra señalar que cuando le reclamó a Pinday Vargas las lesiones sufridas por salir a defenderlo éste le manifestó que no se preocupe porque había ido con su

amigo del carro a meter bala, dicha versión es una de referencia, puesto que no la escuchó directamente del acusado, más aun cuando Oliiva Guerra no concurrió al juicio oral; a ello se agrega que la teoría de la Fiscalía es que Pinday Vargas habría contratado una tercera persona para que haga los disparos, no estableciendo la Fiscalía si Pinday tiene arma de fuego registrada; en cuanto a Vinces Rivera, no se acreditó por la Fiscalía que éste tenga arma de fuego de uso personal, igualmente la Fiscalía sostuvo que se disparó desde el vehículo del acusado Vinces pero no existe medio probatorio porque no se realizó la pericia de absorción atómica en el vehículo, en cuanto a la huella del neumático encontrada en el lugar del hecho, el informe realizado por los peritos fue sobre la foto tomada en el lugar de los hechos, no levantándose la huella por falta de material logístico, encontrando similitud con los neumáticos del automóvil que fue intervenido en la dependencia policial, prueba que no es contundente pues los peritos señalaron que resultaba necesario perennizar las huellas con material que permita evidenciar todas las dimensiones de las características del neumático; señala la sentencia materia de apelación que no acreditó por la Fiscalía el tipo de calibre y arma empleada, así como tampoco llevó a juicio oral a los médicos peritos que realizaron la necropsia, y en consecuencia no se acredita la responsabilidad penal de los acusados;

El Colegiado durante el juicio oral, luego del debate de la prueba, de conformidad con el artículo 374° del CPP observó que la calificación hecha por la Fiscalía no corresponde con la de Homicidio Calificado, circunstancia agravante de alevosía, llegando a la conclusión que el hecho se configura como Homicidio simple, que en el caso concreto se da con error vencible, puesto que el sujeto que disparó el arma tenía otro objetivo, se configura la circunstancia de negligencia, por lo cual lo tipifica en el artículo 111° del Código Penal, Homicidio Culposo;

La Fiscalía apelo de dicha sentencia;

DE LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

SEGUNDO.- En la Audiencia de apelación, la Fiscalía que persiste en su apelación, argumenta que el veinticinco de abril del dos mil nueve, en casa de la familia Pulache se realizaba una parrillada, a la cual asistía el acusado Pinday Vargas, cuando aproximadamente a las dos de la mañana se produce una gresca entre Pinday y Albán Alamo; luego de ello la agraviada se retira conjuntamente con otros amigos a la esquina de las calles Cura Mori y Ayabaca, donde se cuadra la mototaxi, hacen un círculo; entre las tres y cuatro de la mañana del veintiséis de abril del dos mil nueve aparece un vehículo color verde, con lunas polarizadas de cuyo interior salen dos disparos que impactan en la agraviada Lazo Torres (quien estaba embarazada); luego de los disparos fallece la agraviada y el feto que nace vivo fallece a los dos días; la teoría planteada por la Fiscalía es que los acusados Pinday Vargas y Vinces Rivera son responsables del hecho imputado, el primero porque estuvo en la parrillada donde sucedió la gresca, y conjuntamente con Vinces Rivera tramó su venganza; señala que cuentan como pruebas las declaraciones de los amigos del acusado Pinday Vargas, como Guerrero Coello quien señaló que Pinday le había dicho que con su amigo metieron bala y lo vio subir a un carro verde, lo que se corroboraría con la versión de Oliiva Guerra, referida por su conviviente, en el sentido que cuando le reclamó por las lesiones sufridas por salir a defenderlo, Pinday le manifestó que no se preocupe porque había ido con su amigo del carro a meter bala; añade que las huellas del vehículo desde el cual dispararon dejadas en el lugar del hecho fueron homologadas con las huellas del vehículo del acusado Vinces Rivera, siendo semejantes; concluye la Fiscalía que ésta tipificó el delito como Homicidio Calificado; solicita se declare nula la sentencia;

TERCERO.- La Defensa del acusado Vinces Rivera solicita se confirme la sentencia apelada, por cuanto el testigo Oliiva Guerra no concurrió al juicio oral para corroborar su versión; en cuanto a la declaración de Guerrero Coello en el juicio oral descartó su versión inicial, señalando que nunca dijo que Pinday después de la pelea había ido a meter bala a su agresor, que sus patas habían “cagado” a una jermita y que lo vio subir a un carro verde; en cuanto a la versión de Cornejo Chumacero, conviviente del testigo Oliiva Guerra, ésta en juicio oral dijo que no le consta la versión de Oliiva y que declaró ello porque su suegro se le dijo; en cuanto a la limpieza del vehículo de Vinces, refiere que éste se dedica a la compra venta de vehículos por lo que los tiene limpios; la apelación, señala la Defensa, solamente se basa en que no se tuvo en cuenta la prueba indiciaria; añade que los testigos presenciales del hecho no inculpan a los imputados, la prueba de absorción atómica resultó negativa y la Fiscalía reconoce que no son coautores sino que encubren a otro sujeto;

En esta audiencia de apelación no se actuó nueva prueba y el acusado Vinces Rivera aceptó ser interrogado por la Fiscalía;

FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

CUARTO.- El artículo 108° del Código Penal establece que será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera, entre otras circunstancias, la señalada en el inciso 3, con alevosía, denominándola Homicidio calificado, siendo ésta la tipificación penal de apertura de la Fiscalía, en agravio de Nataly Lisbeth Lago Torres, y delito de Lesiones al feto en agravio del feto vivo tipificado en el artículo 124° A del Código Penal;

QUINTO.- De lo argumentado por la Fiscalía apelante y la Defensa tenemos que el hecho se circunscribe cuando el veinticinco de abril del dos mil nueve, luego de la parrillada en casa de la familia Pulache, donde aproximadamente a las dos de la mañana se suscitó una pelea entre el acusado Pinday Vargas y Albán Alamo, originándose una gresca lesionándose los hermanos Oliva Guerra en defensa de Pinday, la agraviada que también se encontraba en la parrillada se retiró de la misma con otras personas entre ellas Huertas Pedrera hacia la esquina de las calles Cura Mori y Ayabaca, donde estacionan la mototaxi y continúan libando licor; entre las tres y cuatro de la mañana del veintiséis de abril del dos mil nueve aparece un vehículo color verde con lunas polarizadas de cuyo interior se hacen disparos, impactando en la agraviada ocasionándole la muerte así como posteriormente la del feto que llevaba en sus entrañas; la Fiscalía en su teoría del caso imputa que Pinday Vargas, quien participó en la gresca en la parrillada de la familia Pulache, fue uno de los sujetos que participó en dicho tiroteo, en venganza por que entre los sujetos que se encontraban en el grupo de la agraviada estaba quien lo agredió, contando para ello con la participación de Vínces Rivera quien era el propietario del vehículo color verde desde el cual se realizaron los disparos y un tercer sujeto;

SEXTO.- La Fiscalía presentó como pruebas en juicio oral las declaraciones de Guerrero Coello y de Jenny Cornejo Chumacero, el primero como amigo de Pinday Vargas y la segunda como convecina del testigo Oliva Guerra (quien no concurrió al juicio oral) y en calidad de testigo de referencia, además de otras testimoniales y las declaraciones de los peritos; señala la Fiscalía que Guerrero Coello, en la investigación policial declaró que Pinday Vargas le dijo que después de la pelea había ido a meter bala a su agresor, que sus patas habían “cagado” a una jermita y que lo vio subir a un carro verde; a su vez, la testigo Cornejo Chumacero declaró inicialmente que su convecina Oliva Guerra le dijo que cuando le reclamó a Pinday Vargas las lesiones sufridas por salir a defenderlo en la gresca en la parrillada, éste le manifestó que no se preocupe porque había ido con su amigo del carro a meter bala; estas versiones, la primera de Guerrero Coello en juicio oral no fue corroborada por éste, por el contrario desmintió la misma; a su vez, la testigo de referencia Cornejo Chumacero, si bien señala los mismos términos de la versión como le fue contada por su convecina Oliva Guerra, refiere que “su esposo no le había dicho, su suegro le dijo lo que debía declarar, pero su pareja le especificó que hubo una gresca”, y cuando el fiscal le pide que explique lo que declaró en sede policial, señala que “su convecina le contó eso en sede policial, pero no cuando sucedieron los hechos”;

SÉTIMO.- Del audio del juicio oral (de las tres audiencias que se realizaron los días 17, 18 y 19 de mayo del actual) se han escuchado las versiones de los acusados, los testigos y los peritos presentados por la Fiscalía y la Defensa; el argumento del Colegiado para decidir por la absolución de los acusados sobre la base de no desvirtuarse la presunción de inocencia, sobre todo en el caso del acusado Pinday Vargas, es en el sentido que no se actuó otro medio probatorio que corrobore la versión de los testigos Guerrero Coello y de Oliva Guerra referida por su convecina Cornejo Chumacero, sobre todo en cuanto a la versión de Guerrero Coello que según el Colegiado les resulta creíble, lo cual no está vinculado con un razonamiento lógico y del proceso mental que siguen los jueces para llegar a esta conclusión, con lo que se determina que dicha decisión es sobre la base de una argumentación aparente; además se posibilitó la oralización de un informe médico correspondiente a Julio Omar Oliva Guerra que incluso ni siquiera fue admitido en la audiencia de control de acusación, y que el Fiscal pretendía que se tenga por válido, aunque posteriormente no se valoró; asimismo, se oralizó el certificado médico de la menor de dos horas de nacida y fallecida, sin que reúna los requisitos del artículo 383° inciso 1 literal c) del CPP, a pesar que lo hacen mención; referencia aparte es la que los jueces del Colegiado, con la indicación de hacer preguntas aclaratorias, realizan interrogatorios a los acusados, peritos y testigos, haciendo incluso sugerencias, conclusiones y argumentaciones, como “porque no fue a verificar a su domicilio, si tenía celular y porque la esposa no tenía celular, el motivo de no tenerlo, necesitaba pasar por el sitio donde se realizaba la parrillada, porque insistió pasar por ese camino (1:33 del audio de 17.05.10), porque razón le hacen la imputación” y ponen ejemplos a los testigos para que éstos puedan responder;

OCTAVO.- El artículo 158° del CPP establece que en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, exigiéndose un estándar que obliga que el Juez

se haga cargo de fundamentar en su decisión toda la prueba actuada en juicio, exponiendo los resultados obtenidos y los criterios adoptados; a su vez, el artículo 425° del precitado Código dispone, que la Sala Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación (no fue presentada prueba alguna), y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada (tampoco fue materia de debate), señalando como límite que no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal (testimonios) que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia (lo cual tampoco se dio); en el presente caso, de lo señalado en el considerando precedente, y de lo escuchado en el audio y tal como se refieren los hechos, el Colegiado no ha realizado una valoración de prueba que guarde coherencia con lo establecido en el artículo 158° del CPP; en consecuencia existe carencia de motivación en la sentencia materia de apelación que vincule el hecho con la prueba y los argumentos que sustentan la valoración de la misma, violándose así el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política del Estado, incurriendo en nulidad absoluta de conformidad con el artículo 150° inciso d) del CPP, que establece este supuesto cuando se da la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, como es en este caso, el debido proceso;

DECISIÓN

DECLARARON NULA la sentencia del veintisiete de mayo del dos mil diez del Juggado Penal Colegiado de Piura conformado por los jueces Nizama Márquez, Lau Arizola y Segura Salas que absuelve a los acusados Joel Pinday Vargas y Nemesio Javier Vines Rivera como autores del delito de Homicidio Calificado en grado de alevosía en agravio de Nataly Lisbeth Lago Torres y del feto nacido vivo de treinta y tres semanas; **DISPUSIERON** se realice un nuevo juicio oral por otro colegiado; **notificándose** a las partes.

APELACIÓN DE SENTENCIA:**74****NULIDAD POR INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN (MOTIVACIÓN APARENTE)**

"[...] El colegiado de primera instancia no ha efectuado una correcta valoración de la prueba actuada en juicio, y como consecuencia de ello la fundamentación no cumple con los estándares de una motivación adecuadamente justificada".

"[...] En consecuencia, a criterio de este colegiado, existe en la sentencia apelada no sólo una inadecuada valoración de las pruebas, sino también una motivación defectuosa y aparente por lo que es necesario que en un nuevo juicio se deslinde adecuadamente la responsabilidad del acusado en el delito de falsificación de documentos... por tanto, en el presente caso no es posible emitir un pronunciamiento de fondo por haberse incurrido en causal de nulidad que hace imperativo la realización de un nuevo juicio".

Base Legal: NCPP: Art. 150.d

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO
SALA PENAL DE APELACIONES DE CUSCO**

EXPEDIENTE	: 3180-2009-50-1001-JR-PE-01
JUECES	: ÁLVAREZ DUEÑAS, SILVA ASTETE, VELÁSQUEZ CUENTAS
ACUSADO	: JAVIER ZANABRIA QUILCA
AGRAVIADO	: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTIAGO
ASISTENTE DE AUDIO	: GABRIELA MARTHA MOLINA ORDÓÑEZ.
DELITO	: PECULADO

I. RESOLUCIÓN:**Resolución N° Veintiocho****Cusco, nueve de junio****Del año dos mil once**

VISTO; en audiencia pública en la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco, presidida por el señor Juez Superior Pedro Álvarez Dueñas e integrada por los señores jueces superiores Mario Hugo Silva Astete y Begonia del Rocío Velásquez Cuentas, el proceso penal seguido contra Javier Zanabria Quilca por los delitos de falsificación de documentos, uso de documento falso y peculado doloso básico por apropiación en agravio del Estado, el colegiado emite la siguiente resolución por unanimidad:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que es materia de apelación la sentencia de fecha dos de febrero del dos mil once, por el que el juzgado colegiado de primera instancia resuelve absolver a Javier Zanabria Quilca por el delito de falsificación de documentos y condenarlo por los delitos de uso de documento falso y peculado doloso básico por apropiación en agravio del Estado.

SEGUNDO.- Los hechos en el presente caso se resumen en lo siguiente: Que el imputado Javier Zanabria Quilca en su entonces condición de Gerente de Administración de la Municipalidad Distrital de Santiago, gestión 2003-2006, emitió un requerimiento por la suma de 18,000 nuevos soles al Gerente Municipal Mario Obando Paredes para la atención de requerimientos para la liquidación de obras. El gerente municipal, mediante resolución de gerencia en fecha 28 de noviembre del 2006 dispuso excepcionalmente entregar a Javier Zanabria Quilca la suma requerida. Este imputado al efectuar su rendición de anticipos consignó como gastos la suma de 18,014 nuevos soles, presentando para esto diversos y distintos comprobantes de pago, algunos de los cuales resultaron ser falsos, luego de la investigación efectuada por el órgano de control interno de la municipalidad. Al haberse demostrado este hecho, se concluyó que el monto que fue sustentado con boletas falsas asciende a 3,608 nuevos soles, dinero que se habría apropiado ilícitamente el imputado Zanabria Quilca, motivo por el cual fue denunciado por los delitos que son materia del presente proceso.

TERCERO.- Que la defensa técnica del imputado en los fundamentos de su apelación sostiene en resumen lo siguiente: que la sentencia apelada en el extremo condenatorio resulta irrita y anómala, que atenta gravemente al principio de que toda sentencia debe valorar individual y en orden sistémico la prueba actuada acorde al principio de completitud de la prueba, debe ser fundamentada y motivada en los hechos y en el

derecho, pero en esta sentencia se evidencia falta de motivación en sus vertientes de aparente motivación y falsa motivación, ilogicidad; agrega que no existe ningún medio de prueba que le vincule como autor del delito de falsificación de documentos motivo por el cual fue absuelto, en consecuencia al estar acreditado este hecho, tampoco existe prueba que acredite que el recurrente sabía y conocía que las cuatro boletas de venta incriminadas eran falsificadas, resulta ilógico que al no ser sujeto activo de un ilícito de falsificación de documento o falsedad material, sea en apariencia o por falsa motivación autor del ilícito de uso de documento privado falso; la sentencia no ha efectuado una valoración individual y completa de cada uno de los medios de prueba actuado en el juicio oral, culmina la defensa solicitando se revoque la sentencia condenatoria y reformándola se absuelva a su patrocinado; la fiscalía por su parte apela el extremo que absuelve de culpa y pena a Javier Zanabria Quilca como coautor del delito de falsificación de documentos en el extremo del quantum de la pena privativa de libertad por el cual se condena a Javier Sanabria Quilca con los fundamentos contenidos en su escrito de fojas 232;

CUARTO.- Que el artículo 150.d) del Código Procesal Penal faculta al juzgador declarar de oficio la nulidad de las actuaciones procesales cuando se haya inobservado el contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución; que la motivación de las resoluciones es un derecho-garantía fundamental que obliga a los operadores de justicia justificar de manera adecuada y suficiente sus decisiones;

DE LOS FUNDAMENTOS DE LA SALA PENAL

QUINTO.- Que efectuado el análisis de las pruebas actuadas en la audiencia y los fundamentos expuestos en la sentencia apelada, la Sala Penal ha concluido en lo siguiente:

Que en el caso de autos, el colegiado de primera instancia no ha efectuado una correcta valoración de la prueba actuada en juicio, y como consecuencia de ello la fundamentación no cumple con los estándares de una motivación adecuadamente justificada, hecho que les ha conducido a expedir una sentencia que resulta inconsistente porque no resiste un coherente análisis fáctico jurídico; en efecto, el colegiado de primera instancia concluye primeramente que respecto del delito de falsificación de documentos, no se ha probado en ninguna forma que el imputado haya hecho en todo o en parte las boletas de venta ya determinadas como falsas, presentadas en su rendición de cuentas, pues a esta conclusión se arriba, agregan, teniendo en cuenta como premisa que el imputado ha dado más bien otra versión poco creíble, de que son los residentes de obra quienes le hubieran entregado los documentos que posteriormente resultaron siendo falsos y porque en el juicio no se ha probado ni acreditado ninguna vinculación del imputado con el verbo hacer en todo o en parte, esto es que haya elaborado las boletas falsas; ahora por otro lado, el colegiado a-quo sostiene que el imputado es responsable del delito de uso de documento falso, porque en juicio se acreditó que sí usó las boletas de venta para realizar la rendición de anticipos, sabiendo y conociendo que dichas boletas eran falsas, esta conclusión se deriva, dice, no sólo porque presentó dichos documentos con su firma de revisión o dando el visto bueno, sino además porque no se ha probado que esos recibos los hayan entregado los residentes de obra como sostuvo el acusado. Del análisis de esta conclusión se desprende una lógica que no resulta razonable, porque por un lado se le absuelve por falsificación de documentos y por otro se le condena por uso de documento falso, con argumentos que no resultan coherentes entre sí. Esta resolución a que arribó el colegiado a-quo, se explica porque la valoración se ha limitado a la prueba directa y, por otro lado, los jueces han invocado una posición doctrinaria que sostiene que el agente del delito de uso de documento falso, no debe haber participado en la falsificación o alteración. Pero en estos extremos tenemos, primero, que el caudal probatorio puede incluir también la prueba indirecta que, en su caso, debe ser materia de valoración y, segundo, la Ejecutoria Suprema Vinculante que deriva de la Queja Número 1678-2006, en su fundamento jurídico quinto establece que “ (...) el delito de falsedad es de comisión instantánea y se consuma en todo caso, cuando a sabiendas se utiliza el documento falso –un supuesto típico distinto de la confección, alteración o modificación falsaria del documento y que asimismo, puede concurrir con él, y ser perpetrado por el propio autor de la elaboración del documento falso o por un tercero (...). En consecuencia, a criterio de este colegiado, existe en la sentencia apelada no sólo una inadecuada valoración de las pruebas, sino también una motivación defectuosa y aparente por lo que es necesario que en un nuevo juicio se deslinde adecuadamente la responsabilidad del acusado en el delito de falsificación de documentos. Este hecho, será, sin duda, determinante para poder emitir juicio respecto de los delitos de uso de documento falso y peculado doloso atribuido al imputado. Por tanto, en el presente caso no es posible emitir un pronunciamiento de fondo por haberse incurrido en causal de nulidad que hace imperativo la realización de un nuevo juicio.

Fundamentos por los cuales **DECLARARON NULA** la sentencia de fojas 212 de fecha dos de febrero del dos mil once por el que el colegiado de primera instancia del Cusco resuelve absolver a Javier Zanabria Quilca como coautor por el delito contra la fe pública en su modalidad de falsificación de documentos sub tipo

falsificación de documento privado y le condena como autor de los delitos de peculado doloso básico por apropiación y falsificación de documentos sub tipo uso de documento privado falso y le impone cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años; **DISPUSIERON** la realización de un nuevo juicio oral por otro colegiado. H.S.S.S.



APELACIÓN DE SENTENCIA:

NULIDAD POR INOBSERVANCIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN (ERROR EN LA TIPIFICACIÓN DEL HECHO)

"[...] El Colegiado comparte la pretensión de la señora Fiscal Superior Adjunta, en el sentido que existe error en la tipificación del hecho imputado y no se subsume al tipo penal previsto en el artículo 185 tipo base con la agravante del artículo 186.6 primer párrafo...por lo tanto existe una inidónea tipificación penal por parte del señor Fiscal Prouvincial Penal".

"[...] De conformidad a lo previsto por el artículo 139.3 son Principios y Garantías de la Función Jurisdiccional la observancia del Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional. Bajo este manto de constitucionalidad el artículo 150. d) del Código Procesal Penal sanciona con nulidad absoluta: "a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

Base legal: Const.: Art. 139.3º; CP: Arts. 185º, 186.6º, 444º; NCPP: Arts. 6.1.b, 150.d, 424º, 425.3.a, 352.2º; Ejec. Sup: R.N. N° 921-2003- Lima, 6 de Mayo. 2004

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO SALA PENAL DE APELACIONES DE CUSCO

EXPEDIENTE	: 00040-2010-69-1001-JR-PE-03
JUECES	: ÁLVAREZ DUEÑAS, SILVA ASTETE, VELÁSQUEZ CUENTAS
ACUSADO	: GONZALO APAZA GÓMEZ Y HENRY SALAS ALFARO
AGRAVIADO	: ROBERTO HUAMANTICCA PACHECO
DELITO	: HURTO AGRAVADO

**Resolución N° Veintidós
Cusco, veinticuatro de enero
Del año dos mil once**

AUTOS Y VISTOS: El recurso de apelación y con la Audiencia Pública de Sentencia, conforme al acta y el audio correspondiente; y, **CONSIDERANDO:**

MATERIA DE APELACIÓN:

Son materia de apelación, conforme al informe proporcionado por el señor asistente de sala; las sentencias de folios 59/77, de fecha 01 de octubre 2010, por la que la jueza de origen resuelve: ABSOLVER al acusado Henry Salas Alfaro del delito de Hurto Agravado con el concurso de dos o más personas en grado de tentativa, en agravio de Roberto Huamanticca Pacheco, en lo que se refiere al apoderamiento y sustracción de una casaca de color blanco de propiedad del agraviado. y CONDENA al mismo HENRY SALAS ALFARO como autor y responsable del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado con el concurso de dos o más personas en grado de tentativa, en agravio de Roberto Huamanticca Pacheco, en lo que se refiere al hurto agravado de una casaca de dril color verde y la suma de ochenta y ocho nuevos soles y como tal le impone DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD suspendida en su ejecución por el plazo de dos años, estableciendo reglas de conducta. Aprobando la renuncia a la reparación civil realizada por el agraviado y reserva el juzgamiento del procesado Gonzalo Apaza Gómez, hasta que sea habido.

Y la sentencia de folios 94/110 de fecha trece de octubre 2010, por el que se ABSUELVE a GONZALO APAZA GÓMEZ, como autor y responsable del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado con el concurso de dos o más personas en grado de tentativa, en agravio de Roberto Huamanticca Pacheco en lo que se refiere al apoderamiento y sustracción de otra casaca diferente a la que fue hallada en poder del ahora condenado Henry Salas Alfaro de propiedad del agraviado. Y lo condena como autor y responsable del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado con el concurso de dos o más personas en grado de tentativa, en agravio de la misma persona, referido al Hurto Agravado de una casaca que se encontró en poder del ahora sentenciado Henry Salas Alfaro al momento de la intervención policial el día de los hechos y la suma de ochenta y ocho nuevos soles y como tal le impone DOS AÑOS DE PENA PRIVATIVA de libertad, suspendida en su ejecución por dos años y fija reglas de conducta. Aprueba la renuncia a la reparación civil de parte del agraviado.

FUNDAMENTOS DE APELACIÓN DE LA DEFENSA TÉCNICA DE LOS SENTENCIADOS HENRY SALAS ALFARO Y GONZALO APAZA GÓMEZ:

Mediante escrito de folios 127/129, la abogada de la defensa pública fundamenta el recurso de apelación por el sentenciado Henry Salas Alfaro y a folios 141/143 la misma profesional lo hace por el también sentenciado GONZALO APAZA GÓMEZ reproducidos en la presente audiencia, fundamentando su pretensión impugnatoria en lo siguiente:

Señala que la sentencia recurrida vulnera los intereses de sus patrocinados por haberles condenado por el delito de Hurto tipificado por el artículo 185° del Código Penal como tipo base y con la agravante del concurso de dos o más personas, contenido en el inciso 6 del primer párrafo del artículo 186° del mismo cuerpo sustantivo. Que el Ministerio Público acusó a sus patrocinados por el hurto de una casaca drill color verde y de la suma de ochenta y ocho nuevos soles, sin poder demostrar la preexistencia de la casaca de color blanco. Afirmando que estos bienes no superan el monto de quinientos cincuenta nuevos soles, por lo que sería de aplicación lo previsto por el artículo 444° del Código Penal, que señala que sólo cuando se supera el monto se considera Hurto, caso contrario se tramita como Faltas. Afirma que se está vulnerando el Principio de Legalidad. Por lo que solicita que el Superior revoque las sentencias recurridas. Argumentación que ha sido referida en la presente audiencia tal como obra en autos, en la que precisó que la casaca drill y el dinero de ochenta y ocho nuevos soles han sido devueltos al agraviado. Replicando a la señora Fiscal Superior señala que en el caso sub materia no se configura el tipo penal de Robo Agravado y que además la Fiscalía no ha apelado, invocando el principio de la Reforma en peor, que no puede ser impuesta a los recurrentes.

FUNDAMENTOS DE LA SEÑORA FISCAL SUPERIOR ADJUNTA

La señora representante del Ministerio Público, solicita la nulidad de lo actuado, cuestionando la tipificación del delito imputado a los sentenciados, conforme estable el artículo 425.3. a) del Código Procesal Penal La Sala revisora puede declarar dicha nulidad; argumenta que con la referida nulidad se debe corregir la actuación indebida de primera instancia; precisando que conforme al acta de Intervención Policial hubo flagrancia. Que el sentenciado Gonzalo Apaza Gómez reconoce que hubo agresión para despojar de la casaca y el dinero al agraviado que estuvo en estado de ebriedad y que el los imputados se encontraban sobrios, conforme al certificado toxicológico de fecha trece de enero del año dos mil diez. Asevera que hubo violencia por parte de los sentenciados en contra del agraviado y que por lo tanto no se puede configurar o subsumir la conducta de los hoy recurrentes sentenciados como Hurto Agravado sino que se dan los elementos objetivos y subjetivos del delito de Robo Agravado; porque Gonzalo Apaza lo cogió fuertemente del cuello, hubo distribución de roles, Henry Salas Alfaro lo despojaba de su casaca y el dinero. Lo condujeron hasta un lugar desolado, con la participación de dos o más personas.

FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO:**PRIMERO.- DEL TIPO PENAL IMPUTADO:**

Se imputa a los procesados Gonzalo Apaza Gómez y Henry Salas Alfaro la comisión del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado en grado de tentativa, con el concurso de dos o más personas, previsto en el artículo 185° y 186° inciso 6) del Código Penal primer párrafo que prevé: "El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo de lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años" El artículo 186° inciso 6 del primer párrafo de la norma adjetiva señala: "El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis si el hurto es cometido: Inciso 6) Mediante el concurso de dos o más personas".

SEGUNDO.- ARGUMENTACIÓN DEL COLEGIADO: De la revisión de lo actuado se establece lo siguiente:

1.- Los cargos atribuidos por el titular de la acción penal pública a los imputados se refieren a que el 11 de enero 2010 siendo aproximadamente las cinco y treinta de la mañana el agraviado Roberto Huamantikka Pacheco se había dedicado a la ingesta de bebidas alcohólicas, luego pretendiendo dirigirse a su domicilio, se sentó a descansar en la Plazoleta San Pedro del cerado de Cusco, descansando en la gradería del Templo. En esas circunstancias se le acercaron ambos procesados Gonzalo Apaza Gómez y Henry Salas Alfaro, éste último le invita a seguir tomando haciéndose pasar de persona conocida –dado que el agraviado es peluquero conocido de la calle Almagro-. En vista del estado de ebriedad que se encontraba el agraviado

aceptó, pensando que era una persona conocida, y se dirigen al sector de Huancaro en busca de un lugar adecuado para continuar bebiendo; tomando los servicios de un taxi, que los transporta cerca del cementerio de Huancaro y los seguían conduciendo en busca de un lugar donde habrían chicherías o tragotecas. El imputado Gonzalo Apaza Gómez lo tenía abrazado al agraviado y lo conducen ambos imputados hacia un lugar desconocido, oscuro; indicándole que al fondo donde había una luz podían encontrar una picantería. Afirma que Gonzalo Apaza Gómez que lo tenía abrazado, sujetándolo al agraviado le indica que le entregue el dinero y sus pertenencias, mientras que el acusado Henry Salas Alfaro procede a rebuscar los bolsillos del agraviado, así como a sustraerle una de las casacas donde tenía ochenta y ocho nuevos soles y aparte tenía otras pertenencias. Aprovechando que los dos sentenciados se disputaban las casacas para buscar el dinero. El agraviado huye y escapa con dirección a Huancaro, donde estaban realizando trabajos varias personas y fueron éstas las que llamaron a la central telefónica 105, haciéndose presentes inmediatamente miembros de la policía nacional y que los pobladores estaban cercando a los imputados. Luego de una persecución y búsqueda el personal policial logra capturar a los dos sentenciados y conducirlos a la comisaría correspondiente con las prendas y bienes sustraídos como son la casaca dril y el dinero. Los imputados reconocieron los hechos.

2.- La defensora técnica pública de los imputados como se ha señalado en su pretensión impugnatoria señala que los hechos imputados no deben ser considerados como delito, en razón que la casaca y los ochenta y ocho nuevos o en todo caso la dos casacas en valor no sobrepasan la suma de quinientos cincuenta nuevos soles, por lo tanto es de aplicación lo señalado por el artículo 444 del Código Penal, considerando que se trata de Faltas Contra el Patrimonio en razón de que la acción recae sobre un bien cuyo valor no sobrepasa una remuneración mínima vital. En efecto este Colegiado en mayoría con otra conformación efectivamente ha adoptado este criterio, declarando de oficio la Excepción de Improcedencia de Acción conforme estable el artículo 6.1.b del Código Procesal Penal, con el voto en discordia por el señor juez superior Mario Hugo Silva Astete. Precizando en el caso sub materia que conforme se advierte a folios 1/6 del Cuaderno de Debates para Juicio Oral, en el Acta de Registro de Audiencia Pública de Control de Acusación de fecha veintiséis de julio del año dos mil diez, el señor Juez de Investigación Preparatoria de Cusco, declaró **INFUNDADA** la Excepción de Improcedencia de Acción formulada por la defensa pública de Gonzalo Apaza Gómez y Henry Salas Alfaro contra la acción penal que se le sigue por el Delito Contra el Patrimonio, sub tipo Hurto Agravado con la circunstancia agravante de participación de dos o más personas en agraviado de Roberto Huamanticca Pacheco, medio de defensa técnica que fue formulada por la misma defensora pública Gloria Diana Escalante Aedo, quien al igual que el fiscal previa la notificación efectuada quedaron conformes con la decisión. Por lo tanto la excepción propuesta al ser desestimada quedó consentida; siendo el meollo de la apelación el mismo argumento y solicitado por la defensa técnica que el Colegiado de oficio declare fundada la referida excepción de Improcedencia de Acción, la cual resulta incongruente.

3.- Así expuesto los hechos imputados a los recurrentes sentenciados es necesario que el Colegiado determine los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal de Hurto Agravado y Robo Agravado. El tipo objetivo del Hurto conceptualmente consiste en el apoderamiento ilegítimo de un bien mueble total o parcialmente ajeno, sin fuerza en las cosas o bien mueble, ni violencia ni intimidación en las personas para obtener un lucro ilícito. Aquí el agente aprovecha la oportunidad, un descuido de la víctima o pone en práctica su particular habilidad. Maggiore, sostiene: "... la doctrina moderna se ha orientado principalmente del hurto como violación de la simple posesión, y no de la propiedad, apartándose del derecho Romano; sobre todo se refuerza esta opinión con el argumento de que en el Código actual la frase del artículo 402 del Código derogado: quitándola "sin el consentimiento de aquel a quien le pertenece", fue remplazada por esta: "sustrayéndola a quien le pertenece".

El apoderamiento comprende el desplazamiento de la cosa mueble ajena de la esfera de dominio y vigilancia de la víctima al dominio del agente. Es tomar coger, llevar, etc., un bien mueble de un lugar donde está y debe estar al dominio del agente.

En éste entendido el delito de Hurto se perpetra subrepticamente sin que la víctima se dé cuenta; pero si hay violencia en la persona o la víctima o media intimidación, será Robo, como ocurre en el presente hecho al momento de abrazarlo y sujetarlo. En el plano subjetivo el delito de Hurto es doloso, actuando el sujeto activo con plena conciencia y voluntad.

Mientras que en el delito de Robo, señala como tipo objetivo. El delito de robo consiste en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena, con el propósito de aprovecharse de ella, sustrayéndola del lugar donde se encuentra, con empleo de la violencia o amenaza de un peligro inminente a la

vida o a la integridad psicofísica de la víctima. En ambas circunstancias el agente debe incapacitar al agraviado de resistir o repeler la sustracción en defensa de su bien mueble.

De la Ejecutoria Suprema R.N. N° 921- 2003- Lima, 6 de Mayo. 2004, se desprende que en el delito de Robo obligatoriamente debe cumplir los siguientes elementos afectos de su encuadramiento en el orden jurídico penal: a) bien mueble, b) apoderamiento ilegítimo c) sustracción mediante violencia; en lo que respecta al BIEN MUEBLE en el presente caso establece la existencia de lo sustraído esto es de las casacas una de color blanco y la otra casaca dril color verde; así como la suma de ochenta y ocho nuevos soles. En lo que respecta al APODERAMIENTO ILEGÍTIMO procurado mediante sustracción, mediante violencia o bien amenaza, es decir vis absoluta o el despliegue de energía del sujeto activo para doblegar la capacidad defensiva de la víctima que se opone al apoderamiento; elementos que concurren en el presente caso pues la víctima se encontraba imposibilitada de defenderse porque Gonzalo Apaza Gómez lo tenía abrazado y sujetándolo al agraviado le indica que le entregue el dinero y sus pertenencias mientras que el acusado Henry Salas Alfaro procede a rebuscar los bolsillos del agraviado y sustraerle una de las casacas donde tenía ochenta y ocho nuevos soles y otras pertenencias. En lo que respecta a la SUSTRACCIÓN MEDIANTE VIOLENCIA en el presente hecho hubo un despliegue de energía física por parte de los sujetos activos, destinados a vencer materialmente la resistencia que el sujeto pasivo opone o pudiera oponer, de modo que puede estar destinado a vencer una resistencia actual y evitar que la víctima pueda ponerla en ejecución como ocurrió cuando la víctima fue abrazada y sujeta por Gonzalo Apaza Gómez imposibilitándole la defensa.

4.- El Colegiado comparte la pretensión de la señora Fiscal Superior Adjunta, en el sentido que existe error en la tipificación del hecho imputado y no se subsume al tipo penal previsto en el artículo 185° tipo base con la agravante del artículo 186.6 primer párrafo. Por lo señalado en el considerando precedente al haber ejercido violencia e intimidación los imputados como lo ha señalado la titular de la acción penal pública. Por lo tanto existe una inidónea tipificación penal por parte del señor Fiscal Provincial Penal.

El artículo 352.2° del Código Procesal Penal establece referente a las Decisiones adoptadas en la Audiencia Preliminar, si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días. Propiamente esta potestad de saneamiento corresponde al juez de la etapa intermedia que no es sino el Juez de la Investigación Preparatoria.

Consecuentemente las omisiones de los operadores del Ministerio Público y Poder Judicial no pueden ser fundamento para la impunidad.

5.- En la doctrina procesal se discute entorno a los vicios o defectos que podrían originar una nulidad procesal, en donde unos se limitan a los vicios extrínsecos (quebrantamiento de las formas del acto procesal) y otros los extienden a los vicios intrínsecos (voluntad, objeto y causa).

De conformidad a lo previsto por el artículo 139.3° son Principios y Garantías de la Función Jurisdiccional la observancia del Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional. Bajo este manto de constitucionalidad el artículo 150. d) del Código Procesal Penal sanciona con nulidad absoluta: "a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

La nulidad es la declaración de invalidez de un acto procesal que debe ser dispuesta por el órgano jurisdiccional, reconociendo la existencia de un vicio en el acto que tiene magnitud suficiente como para que sea necesario privarlo de efectos producidos y a producirse. Es una forma procesal de extirpar el acto del proceso una vez que el mismo ya forma parte de él.

En las nulidades tácitas la sanción no está prescrita específicamente por la ley, pero deberán aplicarse si el incumplimiento formal ha generado que el acto no cumpla con su finalidad. Estas nulidades implícitas operan en caso de que se infrinja una norma jurídica de carácter imperativo, incluso cuando la nulidad no estuviese prevista expresamente en la ley.

Extremos éstos de nulidad absoluta en los que se encuentra inmersa la sentencia recurrida.

DECISIÓN:

Por estas consideraciones, de conformidad a lo previsto por los artículos 394°, 395°, 424° y 425.3° a) del

Código Procesal Penal:

1.- Declararon NULAS las sentencias de folios 59/77, de fecha uno de octubre del año dos mil diez, por la que la jueza de origen resuelve: ABSOLVER al acusado Henry Salas Alfaro del delito de Hurto Agravado con el concurso de dos o más personas en grado de tentativa, en agravio de Roberto Huamanticca Pacheco, en lo que se refiere al apoderamiento y sustracción de una casaca de color blanco de propiedad del agraviado y CONDENA al mismo HENRY SALAS ALFARO como autor y responsable del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado con el concurso de dos o más personas en grado de tentativa, en agravio de Roberto Huamanticca Pacheco, en lo que se refiere al hurto agravado de una casaca de dril color verde y la suma de ochenta y ocho nuevos soles y como tal le impone DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD suspendida en su ejecución por el plazo de dos años, estableciendo reglas de conducta. Aprobando la renuncia a la reparación civil realizada por el agraviado y reserva el juzgamiento del procesado Gonzalo Apaza Gómez, hasta que sea habido.

Y la sentencia de folios 94/110 de fecha trece de octubre del año dos mil diez, por el que se ABSUELVE a GONZALO APAZA GÓMEZ, como autor y responsable del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado con el concurso de dos o más personas en grado de tentativa, en agravio de Roberto Huamanticca Pacheco en lo que se refiere al apoderamiento y sustracción de otra casaca diferente a la que fue hallada en poder del ahora condenado Henry Salas Alfaro de propiedad del agraviado. Y lo condena como autor y responsable del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado con el concurso de dos o más personas en grado de tentativa, en agravio de la misma persona, referido al Hurto Agravado de una casaca que se encontró en poder del ahora sentenciado Henry Salas Alfaro al momento de la intervención policial el día de los hechos y la suma de ochenta y ocho nuevos soles y como tal le impone DOS AÑOS DE PENA PRIVATIVA de libertad, suspendida en su ejecución por dos años y fija reglas de conducta. Aprueba la renuncia a la reparación civil de parte del agraviado.

2.- DISPUSIERON remitir los autos a otro Juez de Investigación Preparatoria llamado por ley, de conformidad a lo previsto por el artículo 425.3.a), concordante con el artículo 426.1) del Código Procesal Penal, para que se avoque a su conocimiento y para la subsanación correspondiente, tomando en cuenta lo señalado en la parte expositiva de la presente sentencia. Y luego también por otro Juez Unipersonal de Cusco.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de la empresa
editora Representaciones Generales 2000 SAC
www.representacionesgenerales2000.com

Au. Gran Chimú N° 191 - Zárata
San Juan de Lurigancho - Lima
RUC: 20471886522